

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES PROBLÈMES JURIDIQUES POSÉS PAR L'OPÉRATION D'ESCOMPTE

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

le 3 Juin 1961

par

Jean - Louis RIVES - LANGE

Lauréat de la Faculté

Lauréat de l'Académie Française

(Prix Viard)

Jury

MM. BECQUÉ, Professeur de Droit Civil

LÉGAL, Professeur de Droit Criminel et Doyen

VIALLETON, Professeur de Droit Civil

Président

Assesseurs

lab



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553811_0018

LES PROBLÈMES JURIDIQUES
POSÉS PAR L'OPÉRATION D'ESCOMPTE

THÈSE

présentée à l'Université de Paris pour l'obtention du diplôme de Docteur en Droit

par

de

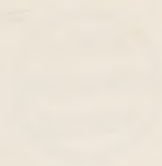
André Louis Marie LANGE

né le 10 mars 1904 à Paris

avocat à la Cour de Paris

Le 10 mars 1934

Par le Président du Jury



Le 10 mars 1934

Le 10 mars 1934

Le 10 mars 1934

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans cette
thèse ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leur auteur.*

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

LES PROBLÈMES JURIDIQUES POSÉS PAR L'OPÉRATION D'ESCOMPTE

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

le 3 Juin 1961

par

Jean - Louis RIVES - LANGE

Lauréat de la Faculté

Lauréat de l'Académie Française

(Prix Viard)



Jury

MM. BECQUÉ, Professeur de Droit Civil

LÉGAL, Professeur de Droit Criminel et Doyen

VIALLETON, Professeur de Droit Civil

Président

Assesseurs

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Administration.

Doyen : M. LÉGAL Alfred
Assesseur : M. DELBEZ Louis
Secrétaire Principal : M. BÉGON Roger

Professeurs.

MM. VIALLETON Henri, Professeur de Droit civil
GUENOUN Lucien, Professeur de Droit romain
LÉGAL Alfred, Professeur de Droit criminel
DELBEZ Louis, Professeur de Droit international public
TISSET Pierre, Professeur d'Histoire du Droit
CABRILLAC Henri, Professeur de Droit commercial
COMBY Jean, Professeur d'Economie politique
COSTE-FLORET Paul, Professeur de Droit civil, détaché comme Membre
de l'Assemblée Nationale
MILHAU Jules, Professeur de Sciences économiques, membre du Conseil
Economique
PEQUIGNOT Georges, Professeur de Droit administratif
BECQUE Jacques, Professeur de Droit civil
DESMOULIEZ Georges, Professeur de Droit constitutionnel et de Science
politique
GERVAIS André, Professeur de Droit public
GARRISSON Francis, Professeur de Droit romain
MAURY René, Professeur de Sciences économiques
AUSSEL Jean-Marie, Professeur de Droit privé

Agrégés.

MM. CABRILLAC Michel, agrégé de Droit privé, détaché à l'Institut de Tunis
CASTAGNÉ André, agrégé de Droit public
DONNIER Marc, agrégé de Droit privé
MERCILLON Henri, agrégé de Sciences économiques

Chargés de cours.

MM. CALAIS Jean, chargé de cours de Droit privé
ROMIEU Jean, chargé de cours de Sciences économiques
BORRICAND Jean, chargé de cours de Droit privé
SOULIÉ Gérard, chargé de cours de Sciences économiques
GOY Raymond, chargé de cours de Droit public
POTTIER Pierre, chargé de cours de Sciences économiques
GOYARD Claude, chargé de cours de Droit public

Chefs de travaux.

MM. SAUMADE Gérard, chef de travaux à l'I.P.A. chargé d'un cours
OUSSET Jean, chef de travaux de Sciences économiques

Assistants.

- Mme DELMAS Marie, assistante de Droit privé
Mlle DERBEZ Simone, assistante de Droit public
Mme MAURY Geneviève, assistante à l'I.P.A.
MM. VIDAL Jacques, assistant de Droit romain
BOURRINET Jacques, assistant de Sciences économiques
MAURY Jean, assistant de Droit privé
DORANDEU Henri, assistant de Droit public
Mlle FAURE Andrée, assistante à l'Institut de Perpignan
BOISSELIER Xavier, assistant de Sciences économiques
Mlle SCHAEFFER Magali, assistante bibliothécaire
Mlle DEMONTES Gisèle, assistante bibliothécaire

Chargés d'un cours.

- MM. BECQUÉ Emile, chargé d'un cours de Droit maritime
DUBERGE Jean, chargé d'un cours de Sciences économiques
GALTIER Gaston, chargé d'un cours de Géographie économique
GOURON André, chargé d'un cours d'Histoire des Institutions

Moniteurs de travaux pratiques.

- MM. VERNETTE Joseph (Droit privé)
N. (Sciences économiques)

Chargé de travaux pratiques.

- M. DUBOS Jean (Sciences économiques)

Honorariat.

- MM. BECQUÉ Emile, Doyen honoraire, Professeur de Droit civil
ANTONELLI Etienne, professeur d'Economie politique
COURTIN René, Professeur d'Economie politique
DUBOIS, secrétaire.

ERRATA

	<i>Au lieu de</i>	<i>Lire</i>
Page 32 note 1	J. Savatier note au D 1953 131	J. Savatier note au D 1955 131
Page 60 no 57	... la Chambre Criminelle décidait, sous l'empire de la loi de 1907, ...	... la Chambre Criminelle décidait, sous l'empire de la loi de 1807, ...
Page 279 note 4	J. Percerou et Bouteron... t. II, n° 56 ; ...	J. Percerou et Bouteron... t. II, n° 156 ; ...
Page 295	Chapitre I La nature juridique de la Compensation	Chapitre I La nature juridique de la Contrepassation
Page 348	c) Enfin, créancier gagiste ... (art. 527, 548 ancien du C. Com.) (2)	c) Enfin, créancier gagiste ... (art. 527, 548 ancien du C. Com.) (3)
Page 407	Effet de commerce ... De complaisance action à répétition	Effet de commerce ... De complaisance action en répétition

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
I. — Le rôle économique de l'escompte, son importance croissante	5
II. — Méthode d'analyse de l'opération d'escompte, les diverses sources de problèmes juridiques	11
 PREMIÈRE PARTIE	
La réalisation de l'opération d'escompte : le contrat d'escompte et son exécution	17
 TITRE I	
La nature juridique du contrat d'escompte	19
<i>Chap. I. — Théorie identifiant l'escompte à un endossement, acte abstrait</i>	22
<i>Chap. II. — L'escompte identifié à un prêt avec remise d'un titre en garantie ou en paiement</i>	29
<i>Section I. — La remise du titre au banquier : les différentes constructions proposées</i>	30
<i>S/S. I. — Théories qui analysent la remise du titre en une garantie du remboursement du prêt</i>	30
<i>S/S. II. — Théories qui analysent la remise du titre en un remboursement du prêt</i>	38
<i>Section II. — La remise des fonds par le banquier : son caractère de prêt</i>	43
<i>Chap. III. — L'escompte identifié à un achat au comptant</i>	47
<i>Section I. — L'escompte est une cession de créance</i>	47
<i>Section II. — L'escompte est un achat de titre</i>	50
<i>Chap. IV. — Théories analysant l'escompte en une opération sui generis.....</i>	53
<i>Section I. — Théorie de M. Donadio</i>	53
<i>Section II. — Théorie de M. Messineo</i>	55
<i>Chap. V. — Construction proposée</i>	59
I. — Les solutions de la pratique	59
II. — L'originalité du contrat d'escompte	61
III. — Le contenu du contrat d'escompte	61
<i>a) Le facteur temps</i>	62
<i>b) Le facteur confiance</i>	63
IV. — Définition du contrat d'escompte	68

TITRE II

Conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte	71
<i>Chap. I.</i> — Conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte tenant au consentement des parties	73
<i>Section I.</i> — Conditions d'existence du contrat d'escompte tenant à la volonté des parties : critère et preuve de l'escompte	73
<i>S/S. I.</i> — Volonté de transférer la propriété du titre au banquier	74
<i>S/S. II.</i> — Volonté de réaliser une opération de crédit	87
<i>Section II.</i> — Conditions de validité du contrat d'escompte tenant au consentement	93
<i>S/S. I.</i> — La capacité des parties	93
<i>S/S. II.</i> — Absence de vice entachant la volonté des parties .	101
<i>Chap. II.</i> — Conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte tenant au titre	105
<i>Section I.</i> — Conditions d'existence du contrat d'escompte tenant au titre	105
<i>S/S. I.</i> — Le titre escompté doit représenter une créance de somme d'argent, liquide et dont la date d'exigibilité est connue	106
<i>S/S. II.</i> — Le titre doit conférer à l'escompteur le droit d'exiger le paiement d'un ou plusieurs tiers	111
<i>S/S. III.</i> — Distinction de l'escompte et de la création des effets de mobilisation	116
<i>Section II.</i> — Conditions de validité du contrat d'escompte tenant au titre	118
<i>S/S. I.</i> — Nécessité d'un titre licite : l'escompte des effets de complaisance	119
<i>S/S. II.</i> — Nécessité d'un titre appartenant au remettant : l'escompte des titres perdus ou volés	130
<i>Chap. III.</i> — Conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte tenant à la somme escomptée et à la rémunération du banquier	137
<i>Section I.</i> — Les éléments de la rémunération du banquier	138
<i>S/S. I.</i> — L'agio ou escompte	138
<i>S/S. II.</i> — Les commissions	140
<i>Section II.</i> — Les limites de la rémunération du banquier	141
<i>S/S. I.</i> — Détermination d'une limite	141
<i>S/S. II.</i> — Les conséquences du dépassement de cette limite	143
<i>S/S. III.</i> — Mise en œuvre du critère dégagé	145

TITRE III

Modalités de formation et d'exécution du contrat d'escompte	149
<i>Chap. I.</i> — L'escompte isolé	151
<i>Section I.</i> — L'échange des consentements	152
<i>S/S. I.</i> — La prise du titre en vue de l'escompte	152
<i>S/S. II.</i> — L'acceptation du banquier — date de formation du contrat d'escompte	156
<i>S/S. III.</i> — Conclusion du contrat d'escompte par l'intermédiaire d'un mandataire	160
<i>Section II.</i> — Accomplissement de la prestation de chacune des parties	167
<i>S/S. I.</i> — La remise du titre en toute propriété au banquier escompteur	167
<i>S/S. II.</i> — La remise de la somme escomptée	175

Chap. II. — Le crédit d'escompte	179
Section I. — La convention de crédit d'escompte envisagée en elle-même	180
S/S. I. — Nature juridique	180
S/S. II. — La durée du crédit d'escompte. Le rôle de la confiance	182
S/S. III. — Modalités du crédit d'escompte	186
Section II. — Les effets du crédit d'escompte sur la formation du contrat d'escompte	189
S/S. I. — L'obligation du banquier	189
S/S. II. — La date de formation du contrat d'escompte	192
Chap. III. — Modalités particulières de formation et d'exécution	195
Section I. — L'escompte fournisseur	195
S/S. I. — Maintien du recours cambiaire du banquier escompteur contre le tireur fournisseur	197
S/S. II. — Maintien du recours de droit commun du banquier escompteur contre le fournisseur	201
S/S. III. — Le crédit d'escompte fournisseur	202
Section II. — L'escompte à forfait	203
S/S. I. — Modalités de réalisation de la convention de forfait	204
S/S. II. — Nature juridique de la convention de forfait ..	206

DEUXIÈME PARTIE

Le déroulement ultérieur de l'opération d'escompte et son dénouement	211
---	-----

TITRE I

La vie de l'effet escompté	215
---	-----

Chap. I. — Les actes qui manifestent le droit de propriété du banquier escompteur sur le titre escompté	217
Section I. — Présentation et acceptation	217
Section II. — Le réescompte	223
Chap. II. — Les actes qui retardent le dénouement de l'opération	227
Section I. — La prorogation d'échéance	227
Section II. — Le renouvellement	230
Chap. III. — Événements qui avancent la date de dénouement de l'opération d'escompte	233
Section I. — Les hypothèses prévues par l'article 147 du Code de commerce	233
Section II. — La faillite du remettant	235

TITRE II

Dénouement de l'opération d'escompte en dehors du cadre d'un compte courant	237
--	-----

Chap. I. — Dénouement de l'opération d'escompte par l'exercice des actions attachées au titre	239
Section I. — Les actions nées du titre ou de la créance escomptée à l'encontre des tiers	239
S/S. I. — Principes généraux	239
S/S. II. — Le jeu du principe de l'opposabilité des exceptions au profit du banquier escompteur — la notion de bonne foi	241

<i>Section II.</i> — Les actions nées du titre à l'encontre du remettant ..	253
<i>S/S. I.</i> — Clauses dans l'intérêt du banquier	254
<i>S/S. II.</i> — Clauses dans l'intérêt du remettant. Effet de la convention de forfait quant à l'action cambiaire en garantie du banquier escompteur contre le remettant	258
<i>Chap. II.</i> — Les actions en garantie nées du contrat d'escompte	261
<i>Section I.</i> — La garantie de la bonne fin	262
<i>S/S. I.</i> — L'admission en droit français de la garantie de la bonne fin	262
<i>S/S. II.</i> — Le régime de la garantie de la bonne fin	267
<i>Section II.</i> — La garantie de l'existence de la créance escomptée ou des droits attachés au titre	284
<i>Chap. III.</i> — Le dénouement de l'opération par la résiliation ou la résolution du contrat d'escompte	287
<i>Section I.</i> — La résiliation du contrat d'escompte	287
<i>Section II.</i> — La résolution du contrat d'escompte	289

TITRE III

Dénouement de l'opération d'escompte dans le cadre du compte courant 293

<i>Chap. I.</i> — La nature juridique de la contrepassation	295
<i>Section I.</i> — La doctrine	296
<i>Section II.</i> — La jurisprudence	301
<i>Chap. II.</i> — La contrepassation, mode d'exercice du recours du change 307	
<i>Section I.</i> — Conditions de la contrepassation	307
<i>S/S. I.</i> — Conditions de la contrepassation tenant au recours cambiaire	307
<i>S/S. II.</i> — Les conditions de la contrepassation tenant au mécanisme du compte courant	320
<i>Section II.</i> — Les effets de la contrepassation	328
<i>S/S. I.</i> — Les effets de la contrepassation effectuée lorsque le remettant est en faillite	329
<i>S/S. II.</i> — Les effets de la contrepassation effectuée lorsque le remettant est in bonis	342
<i>Chap. III.</i> — La contrepassation, mode d'exercice du recours fondamental	357
<i>Section I.</i> — Les conditions de la contrepassation	358
<i>Section II.</i> — Les effets de la contrepassation	359
<i>Chap. IV.</i> — La contrepassation, traduction de la résiliation et de la résolution du contrat d'escompte	361
<i>Section I.</i> — La contrepassation au cas de résiliation du contrat d'escompte	361
<i>Section II.</i> — La contrepassation au cas de résolution du contrat d'escompte	363

TITRE IV

Difficultés particulières de dénouement 367

<i>Chap. I.</i> — Le titre escompté est libellé ou payable en monnaie étrangère	369
<i>Chap. II.</i> — Le titre escompté est assorti d'une sûreté réelle	373
<i>Section I.</i> — Les effets de la contrepassation au cas d'escompte assortis d'une sûreté réelle	374

<i>Section II.</i> — Difficultés particulières relatives à l'escompte des warrants délivrés par les magasins généraux	375
<i>Section III.</i> — Difficultés particulières relatives à l'escompte des traites documentaires	377
<i>Chap. III.</i> — Le titre escompté a été réescompté	385
<i>Section I.</i> — L'influence du réescompte sur l'exercice des recours cambiaux du banquier escompteur	386
<i>Section II.</i> — L'influence du réescompte sur l'exercice du recours fondamental du banquier escompteur contre le remettant	389
CONCLUSION	393
BIBLIOGRAPHIE	399
INDEX ALPHABÉTIQUE	405

INTRODUCTION

1. — Il arrive de plus en plus fréquemment qu'un industriel ou un commerçant en gros ou en demi-gros ne puisse pas, avec les seules ressources de sa trésorerie, supporter les délais de paiement qu'il est pratiquement obligé d'accorder à ses acheteurs sous la pression de la concurrence. Il ne dispose pas d'un fonds de roulement suffisant pour renouveler son stock et continuer son exploitation; il est contraint de recourir au crédit bancaire. La créance dont il dispose à l'encontre de son acheteur lui procure un excellent moyen d'obtenir ce crédit avec plus de facilité et à des conditions plus avantageuses qu'un simple découvert. La création d'un effet de commerce en représentation de cette créance et son escompte auprès d'un banquier lui permettent d'obtenir la disposition immédiate des sommes qui lui sont dues, sans avoir à attendre l'échéance prévue. Le banquier escompteur lui verse, sous certaines déductions qui constituent sa rémunération, le montant de l'effet qui lui est endossé en retour; lors de l'échéance, le paiement de l'effet par le tiers acheteur assurera au banquier le remboursement de son avance.

2. — Sous des traits originaux, on retrouve dans cette opération bancaire les deux éléments essentiels du Crédit : le temps et la confiance. Le terme même d'escompte, pris dans son sens commun, évoque l'idée d'une action présente dictée par la confiance dans la réalisation d'un événement futur. Le banquier escompteur verse à son client le montant d'un effet de commerce car il pense, il croit, il escompte est-on tenté d'écrire, que cet effet lui sera payé ultérieurement.

Certes, si l'on se réfère aux nombreuses définitions du Crédit, celui-ci peut se ramener à cette notion fondamentale de l'accomplissement d'une prestation en échange d'une prestation différée; dès lors, l'opération d'escompte semble échapper à cette définition car le client crédité remet à son banquier un effet de commerce en contrepartie de la somme qui lui est versée : apparemment, il n'y a point de prestation différée, mais deux prestations simultanées. Cependant, il ne faut pas oublier que la valeur de l'effet de commerce est fonction d'un événement futur, son paiement à l'échéance. En remettant le montant de l'effet à son client, le banquier escompteur anticipe sur son paiement différé, il débourse des fonds qu'il ne récupérera que plus tard.

En général, dans les opérations de crédit, la confiance du crééditeur est motivée par la personnalité du crédité, sa solvabilité actuelle et future; il est accidentel, sinon exceptionnel, qu'elle repose sur la solvabilité de tiers. Au contraire, l'acte de foi du banquier escompteur repose naturellement et sur la solvabilité du remettant et sur celle de ou des tiers signataires du titre escompté. C'est, en principe, le paiement par le débiteur principal du titre qui assurera le dénouement de l'opération de crédit.

3. — Cette forme de crédit est, à l'heure actuelle, l'une des plus employées, elle bénéficie de la faveur des banques.

Certes, comme tout acte d'anticipation, l'escompte comporte des risques pour le banquier; sa confiance peut être surprise et à l'échéance ses prévisions peuvent être déçues : l'effet peut avoir été tiré sur des insolvable et le client remettant peut n'être point à même de remédier à leur défaillance. Le danger couru est à tel point inséparable de l'escompte que la pratique bancaire appelle « risques » le montant total des effets escomptés. L'expérience, alliée à l'intuition, doit permettre au banquier de dépister et d'éliminer les mauvais effets sans garantie suffisante de paiement (1). Mais ces risques, que l'on rencontre d'ailleurs à des degrés divers dans toutes opérations de crédit, sont compensés par les avantages que cette forme de crédit présente pour les banques.

En effet, l'opération d'escompte satisfait les trois impératifs du crédit bancaire : sécurité, rapidité dans la réalisation, facilité de mobilisation. Et l'on ne saurait trop souligner l'importance du rôle de l'effet de commerce en la matière : « L'escompte, ont pu écrire MM. Ferronière et de Chillaz, est une forme de crédit assise sur le Droit du change. »

En contrepartie de son avance, le banquier escompteur acquiert un effet de commerce dont le paiement est dû non seulement par le client crédité, mais également par des tiers : la solidarité cambiaire qui unit les divers signataires du titre escompté laisse bien augurer de son paiement. L'opération d'escompte, a-t-on coutume de dire, comporte en elle-même des garanties.

Les droits que confère l'effet de commerce sont fixés par les mentions mêmes du titre; le banquier peut l'acquérir sans avoir à rechercher si l'opération, à l'origine de son

(1) Ce sont là des problèmes de pure pratique bancaire qui n'ont pas leur place dans une étude exclusivement juridique de l'escompte. Sur les différents procédés techniques utilisés pour éliminer le mauvais papier, consulter, entre autres ouvrages : G. Petit-Dutaillis : *Le Risque du Crédit bancaire*; Henrion et Simonet : *Les Aspects juridiques et économiques du Crédit à court terme*, Bruxelles, 1960.

émission, est ou non valable : il bénéficie du principe de l'inopposabilité des exceptions qui domine la transmission de l'effet de commerce. Ce principe, en augmentant la sécurité de l'opération, évite au banquier une enquête longue et coûteuse lors de la réalisation du crédit.

Enfin, cette opération de crédit n'entraîne pour la banque aucune immobilisation dangereuse de ses capitaux. Soit pour faire face à une échéance particulièrement lourde, soit, plus simplement, pour pouvoir procéder à de nouvelles opérations de crédit, le banquier peut récupérer aisément les fonds qu'il a avancés en endossant à son tour l'effet escompté auprès d'une autre banque ou de l'Institut d'Emission, en renouvelant ainsi à son profit l'opération d'escompte.

Il ne faut donc pas s'étonner que l'escompte des effets de commerce ait la faveur des banques. L'aptitude à la mobilisation de cette forme de crédit est à la source de l'extension de son rôle économique traditionnel et de son utilisation dans des domaines qui lui étaient étrangers il y a encore quelques années. L'intérêt de son étude juridique s'en trouve accru.

1. — Le rôle économique de l'escompte, son importance croissante

4. — Dans sa fonction traditionnelle, l'escompte apporte aux entreprises une aide de trésorerie, c'est par excellence une opération de crédit à court terme. Il permet aux fournisseurs de mobiliser leurs créances sur leurs acheteurs et de reconstituer ainsi par anticipation leur fonds de roulement; il les dispense de rémunérer des capitaux qui ne sont pas strictement indispensables à la bonne marche de l'entreprise — ce qui entraînerait un fléchissement du rendement — tout en leur donnant la possibilité d'accorder des délais de paiement aux acheteurs. De plus en plus, c'est en fonction des possibilités d'accès à l'escompte d'une banque que les fournisseurs consentent des délais. L'escompte se trouve ainsi à la base du crédit commercial.

5. — Les bouleversements économiques qui ont suivi la crise de 1929 et la deuxième guerre mondiale, ont entraîné de profonds changements dans les méthodes de distribution du crédit. Les banques, sans rien ôter à l'escompte de son rôle traditionnel, lui ont donné de nouvelles utilisations et ont accru par là son importance économique.

L'évolution de la technique bancaire au cours de ces vingt dernières années a été commandée toute entière par l'accrois-

sement des besoins de crédit et la diminution corrélative des ressources habituelles (1).

Cet accroissement des besoins s'est manifesté dès avant 1939. Les entreprises françaises, affaiblies par la crise économique, avaient recherché auprès des banques une aide de trésorerie pour faire face à la hausse des prix et des salaires. La guerre n'a fait qu'amplifier ce mouvement, les fonds de roulement se sont amenuisés et de nombreuses entreprises qui élevaient au niveau d'un dogme le principe consistant à se passer totalement des banques, ont été obligées de mobiliser systématiquement leurs créances sur leurs acheteurs en recourant à l'escompte (2). Mais l'utilisation massive de l'escompte de papier commercial ne pouvait suffire : en effet, à côté de ces besoins de trésorerie, par essence à court terme, apparaissaient d'énormes besoins de crédit à moyen et long terme qu'il était nécessaire de satisfaire sous peine de compromettre la reprise de la vie économique du pays. A la Libération, il fallait reconstruire les installations détruites, reconstituer les stocks épuisés, rénover l'outillage désuet et souvent en mauvais état; c'est là d'ailleurs une source permanente de demande de crédit à une époque où le progrès technique impose le renouvellement constant d'un matériel de plus en plus perfectionné, et partant plus coûteux.

6. — Cette extension des besoins de crédit est allée de pair avec une diminution des ressources les plus utilisées jadis. Les disponibilités propres des entreprises ont succombé devant l'inflation, la hausse des prix, l'augmentation des charges sociales et fiscales. Par ailleurs, pour les causes les plus diverses, le marché financier s'est avéré incapable de fournir les capitaux nécessaires au rééquipement du pays. L'Etat a bien alloué, avec l'aide américaine, certaines avances à l'industrie par l'intermédiaire du Fonds de Modernisation, mais ce concours, limité et temporaire, était par trop insuffisant.

7. — Face à cette carence des ressources traditionnelles, seul le crédit bancaire pouvait présenter une élasticité suffisante pour répondre à ce gonflement des besoins (3). Mais encore

(1) Voir l'introduction magistrale de M. Ferronière à son ouvrage : *Les Opérations de Banque*.

(2) M. Schlogel écrivait, en 1953 : « On estime ainsi que le crédit commercial ne faisait l'objet d'une mobilisation auprès des organismes de crédit qu'à concurrence de 30 % environ, alors qu'actuellement celle-ci dépasse 80 %. » *Revue Banque*, 1953, page 641.

(3) Evidemment, il ne pouvait être question, pour les banques de dépôts, de satisfaire la demande de crédits à long terme dont la technique particulière est de la compétence d'organismes spécialisés; mais il restait la masse grandissante des besoins à court et moyen terme.

un aménagement de la technique s'imposait-il : il fallait adapter les ressources au développement des emplois. Le problème était ardu. En effet, les mêmes causes qui entraînaient l'extension des besoins de crédit et la raréfaction des ressources traditionnelles, provoquait également une diminution des dépôts, ressources normales des banques. Les difficultés de trésorerie des entreprises, l'appauvrissement des épargnants conjugué avec la peur de l'inflation, l'attrait d'organismes tels que les Caisses d'Epargne pesaient lourdement sur les soldes des comptes en banque. Ainsi, entre ressources et crédit, un déséquilibre apparaissait tant en ce qui concerne leur montant que leur nature : avec des ressources raréfiées, il fallait faire face à une demande considérable de crédit; avec des dépôts à vue, il fallait satisfaire des besoins permanents à moyen terme pour le rééquipement.

Pour parer à cette double discordance, il était nécessaire d'appliquer une technique qui permit à la fois de multiplier des ressources trop faibles et d'assurer la liquidité des crédits consentis. Seule la technique de la mobilisation des crédits bancaires par la création d'effets de commerce et leur escompte permettait d'atteindre ce double résultat : par l'escompte, les banques retrouvent la disposition des sommes avancées et peuvent consentir de nouveaux crédits qui seront à leur tour mobilisés.

8. — La technique du découvert mobilisé était certes connue depuis longtemps (1), mais elle était peu employée (2). Depuis 1945, elle est devenue la règle pour tout crédit de quelque importance.

L'instrument le plus utilisé est le billet à ordre souscrit par le bénéficiaire du crédit à l'ordre du banquier créancier (3). Un tiers fournit généralement sa garantie sous forme d'aval. Dans ce cas, l'octroi du crédit et la création du billet de mobilisation présentent l'apparence d'une opération d'escompte : le banquier verse des fonds et reçoit un effet de commerce dont le paiement ne dépend pas exclusivement de la solvabilité du crédit. Certes, la création d'un effet de

(1) Henri Germain, fondateur du Crédit Lyonnais, fut un des premiers à l'utiliser.

(2) Le billet d'embouche pour les prêts aux éleveurs était cependant entré dans les usages.

(3) D'autres procédés peuvent être utilisés; ainsi, par exemple, pour les opérations de commerce extérieur, lorsque deux banques interviennent pour en assurer le financement, il est fréquent qu'elles croisent leur endos, chaque banque escomptant les effets qui lui sont endossés par l'autre. Sur ces différents procédés, voir Ferrounnière et de Chillaz : *Les Opérations de Banques*, page 261 et suivantes.

commerce en représentation d'un prêt n'a jamais altéré les caractères juridiques essentiels de celui-ci et ne saurait le transformer en une opération d'escompte; celle-ci n'intervient qu'au deuxième stade, lors de l'endossement de l'effet à une autre banque. Cependant, la pratique du découvert mobilisé est passée dans les mœurs bancaires et très souvent le banquier n'accorde le crédit qu'en contrepartie de la remise simultanée d'un effet de mobilisation. Ne peut-on dès lors parler d'escompte comme le font les banquiers ? C'est là un problème juridique que nous retrouverons plus tard (1).

Des aménagements techniques particuliers furent nécessaires pour permettre la mobilisation des crédits à moyen terme. Les banques de dépôt ne pouvaient, sous peine d'immobiliser dangereusement leurs ressources, accorder de tels crédits à plusieurs années d'échéance que si elles avaient la certitude de pouvoir retrouver leurs fonds par voie de réescompte. Aussi, en 1943, devant l'impérieuse nécessité de satisfaire les demandes de crédit, le Crédit National modifia ses statuts, en accord avec les Pouvoirs publics, de manière à pouvoir escompter les effets représentatifs de tels concours bancaires. Et, le 11 mai 1944, l'Institut d'Emission lui-même, renonçant à ses règles traditionnelles, décida à son tour d'admettre à ses escomptes les effets de mobilisation de crédits consentis pour une durée de cinq ans au plus. De même, depuis 1945, se développe ce qu'il est convenu d'appeler les crédits professionnels; pour faciliter le rééquipement de petites entreprises ne disposant pas d'une surface suffisante pour obtenir la confiance des banques, il fut permis, en 1945, à la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat « d'intervenir pour l'octroi de crédits lorsqu'est donnée la garantie d'un organisme instituant entre les membres d'une même branche professionnelle une garantie reconnue suffisante par la caisse » (2). Les organismes prévus par cette loi se sont constitués sous forme de sociétés de caution mutuelle groupant les membres d'une même profession. La garantie de l'une de ces sociétés de caution mutuelle et celle de la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat facilitent l'octroi du crédit par une banque de dépôt en permettant le réescompte des effets de mobilisation.

9. — Ainsi donc, le rôle économique de l'opération d'escompte s'est considérablement accru. L'escompte ne sert plus uniquement à la mobilisation des crédits commerciaux, généralement

(1) Voir *infra*, n° 124.

(2) Article 8 de la loi du 19 août 1936 modifiée et complétée par l'article 45 de la loi du 7 février 1945 et l'article 7 du décret du 20 mai 1955.

à court terme, mais également à la mobilisation des crédits bancaires à long ou moyen terme. Il est devenu un rouage essentiel de la distribution du crédit : c'est un des piliers de la liquidité bancaire (1), il permet d'utiliser les crédits déjà consentis pour créer des capitaux nouveaux.

Ce rôle actuel n'a pas été sans entraîner un changement dans la structure économique de l'opération. Lorsqu'il assure la mobilisation des crédits commerciaux, l'escompte a pour support une opération commerciale, généralement une vente de marchandises, constituant pour le banquier une garantie de paiement supplémentaire : l'acheteur trouve dans la revente des marchandises les fonds nécessaires pour payer l'effet. Lorsqu'il assure la mobilisation des crédits bancaires, notamment des crédits de rééquipement, le paiement de l'effet escompté n'est plus lié à la revente des marchandises par le tiers débiteur principal de l'effet, mais à la réalisation de bénéfices par l'entreprise créditée; l'aléa est plus grand, et l'opération nécessite une étude plus approfondie de la situation financière et des perspectives d'avenir de cette entreprise.

10. — Cette mobilisation massive des crédits bancaires par voie de réescompte constitue cependant une menace pour la tenue de la monnaie. Tous ces effets de commerce créés en représentation de crédits consentis, ou même provenant d'escompte de papier commercial, aboutissent en fin de compte au réescompte de la Banque de France et, éventuellement, à une émission de monnaie. Aussi, devant le danger d'inflation, parallèlement à l'effort des Pouvoirs publics et des banques pour satisfaire la demande de crédits, et en quelque sorte paradoxalement, a-t-on assisté à l'élaboration d'un système de freinage de ces mêmes crédits par une limitation des possibilités de réescompte auprès de l'Institut d'Emission.

La manœuvre du taux d'escompte constitue toujours un moyen d'intervention dont l'efficacité est indéniable. Ainsi, en 1957, en pleine période d'inflation, la Banque de France a élevé son taux de 3 à 4 %, puis à 5 % pour tenter

(1) Cette extension du rôle de l'escompte a entraîné une évolution de la conception de la liquidité bancaire : « On a longtemps enseigné, écrivent MM. Henrion et Simonet, que le crédit liquide par excellence est celui qui finance une opération dont le dénouement se situe dans un avenir rapproché et restituera au prêteur le montant de sa créance. Un tel crédit, qui renferme le principe de son remboursement, est dit *self liquidating*. » L'escompte, dans sa fonction traditionnelle de mobilisation du crédit commercial, en est le type. « L'on admet plus généralement aujourd'hui que la transférabilité (*« shiftability »*) et la probabilité nulle ou négligeable d'enregistrer des pertes de valeur sur le capital de la créance constituent les deux composantes de la liquidité. » Cette « transférabilité » repose sur les possibilités de réescompte auprès de la Banque de France, du Crédit National... *Les Aspects juridiques et économiques du Crédit à court terme*, page 36, n° 18.

de freiner l'expansion désordonnée des crédits. Les menaces une fois estompées, elle a abaissé progressivement ce taux à 3,5 %.

La règle du plafond, fixant pour chaque banque l'encours maximum du papier réescompté à l'Institut d'Emission, est d'un effet plus direct (1). Privées au-delà d'un certain chiffre de la possibilité de mobilisation par voie de réescompte, les banques sont obligées d'octroyer leurs crédits avec plus de modération. Si toutefois une banque se trouve gênée dans sa trésorerie, elle peut placer une partie de son portefeuille « en pension » auprès de la Banque de France, mais à un taux très élevé : il y a là une forme d'escompte à très court terme (2).

A côté de cette mesure générale, s'appliquant à tous les effets quelque soit l'opération à l'origine de leur création, d'autres mesures restreignent le réescompte des effets assurant la mobilisation des crédits à moyen terme. C'est surtout en cette matière que résidait le danger d'inflation (3). La Banque de France a posé tout d'abord une limitation formelle de durée : cinq ans (4). Ensuite, elle n'admet à l'escompte que les effets mobilisant des concours pour lesquels elle a donné un accord de réescompte au moment même où ils étaient consentis. Enfin et surtout, la Banque de France n'escompte les effets représentatifs de crédits à moyen terme que s'ils portent quatre signatures, dont deux bancaires. Cette mesure, si elle protège la Banque de France contre le défaut de paiement de l'effet à son échéance, a surtout pour but d'amortir la répercussion de cette mobilisation des crédits bancaires sur la masse monétaire en proscrivant le réescompte direct par l'ins-

(1) La règle dite du plancher, inaugurée en septembre 1948, comme celle du plafond, ne restreint pas les possibilités de réescompte. Elle impose au banquier de conserver en portefeuille un minimum de valeurs du Trésor (25 % des dépôts actuellement) et limite ainsi sa capacité de distribution de crédit. Il ne faut pas se laisser induire en erreur par la symétrie des mots plancher et plafond.

(2) Voir *infra*, n° 85.

(3) La situation hebdomadaire de la Banque de France révèle la place qu'occupent dans son portefeuille les effets représentatifs de crédits à moyen terme, et l'importance du rôle actuel de l'escompte.

Situation au 5 janvier 1961 (extrait)

ACTIF :

Portefeuille d'escompte :

Effets escomptés sur la France	NF	4 973 985 327,64
Effets escomptés sur l'étranger		1 052 645,89
Effets garantis par l'Office des céréales		846 936 160,75
Effets de mobilisation de crédits à moyen terme ...		11 990 518 271,75

TOTAL NF 17 812 492 406,03

Au 29 décembre 1960, le montant total des effets réescomptés à la Banque de France était de 18 746 622 676,20 NF.

(4) C'est là une limite maximum; pour certains types de crédits elle peut être inférieure.

titut d'émission. Les signatures complémentaires sont fournies par l'escompte de ces effets auprès d'une autre banque, du Crédit National, de la Caisse de Dépôts et Consignations. Ainsi, avant le recours à la Banque de France et à son pouvoir de création monétaire, les ressources disponibles de la nation se trouvent-elles épuisées dans la mesure du possible : l'émission de monnaie et l'inflation sont retardées d'autant.

★★

11. — Devant le développement actuel de l'escompte, l'importance de son rôle économique, on peut regretter le caractère coutumier de son régime juridique et les incertitudes, l'insécurité qui peuvent en résulter pour les parties. Ce mal, commun d'ailleurs à la plupart des opérations de crédit, ne doit pas être exagéré : d'une part l'effet de commerce, objet de l'opération d'escompte est réglementé avec précision par la loi; d'autre part l'escompte est un mécanisme bancaire dont la technique a été mise au point par une longue pratique, et le nombre de litiges est relativement faible par rapport à la masse considérable d'opérations réalisées.

On assiste, à l'heure actuelle, à un effort de systématisation du Droit bancaire : en Italie, le Code civil de 1942 réglemente le contrat d'escompte; en France, la Commission de Réforme du Code de Commerce a élaboré, en 1952, un avant-projet sur les contrats bancaires. Ces documents constituent pour le juriste une base précieuse de référence, mais on est en droit de douter de l'opportunité d'une telle réglementation. Si la précision des textes engendre la sécurité pour les parties — sécurité relative d'ailleurs — elle est susceptible de freiner l'adaptation des mécanismes bancaires aux situations économiques nouvelles. L'expérience des dernières années et le rôle nouveau dévolu à l'escompte mettent en lumière la nécessité d'un cadre juridique souple qu'exclurait peut-être une réglementation des contrats bancaires. Il est préférable, croyons-nous, de laisser aux tribunaux et à la doctrine aidés des techniciens le soin de préciser le régime juridique des opérations de banque pour conserver à la technique bancaire la faculté d'adaptation qui lui est nécessaire.

L'absence de texte législatif rend cependant ardue la tâche de l'interprète. Il importe au premier chef de préciser la méthode d'analyse du contrat d'escompte et de préciser les diverses sources des problèmes juridiques qu'il soulève avant d'indiquer le plan suivi pour notre étude.

11. — Méthode d'analyse de l'opération d'escompte Les diverses sources de problèmes juridiques

12. — L'escompte suscite souvent la perplexité du juriste. Les raisons en sont communes à presque toutes les opérations de

banque. Nées de la pratique, ignorées par le législateur, ces opérations se sont construites et développées en dehors des cadres juridiques classiques dont les formules étaient mal adaptées aux nécessités du crédit. Il faut voir, dans cette originalité, un effet du principe du consensualisme qui domine le droit des contrats. Les parties ne se sont pas souciées de couler leur volonteé dans un moule juridique préétabli, comme elles auraient dû le faire dans une législation formaliste; simplement, elles ont exprimé et réalisé ce que leur ingéniosité leur dictait, sans rechercher le support d'un type contractuel déjà connu. Par leur accord, elles ont donné naissance à de nouveaux types de contrat, parfaitement adaptés aux données du commerce bancaire et aux nécessités du crédit. Certes, ces contrats sont soumis en tant que tels aux principes généraux du Droit civil, mais leur formation empirique, leur technicité rendent difficile, sinon impossible, leur assimilation aux types contractuels classiques et nettement définis. Le perfectionnement technique de plus en plus poussé des opérations de banque a creusé davantage le fossé qui existait dès l'origine entre les contrats bancaires et les contrats du Droit civil. Il en résulte une incertitude plus ou moins grande quant à leur régime juridique. Toute tentative de précision est rendue difficile par le silence de la loi, la technicité du contrat, l'insuffisance des normes traditionnelles.

13. — Le processus qui a donné naissance aux contrats bancaires dicte la méthode à suivre pour résoudre les problèmes juridiques posés par l'un d'eux. L'escompte, comme toutes les opérations bancaires, suppose un accord de volonté. L'interprète doit donc rechercher d'abord l'intention des parties. Il n'est pas en la matière de bonne solution qui s'écarte tant soit peu de ce qu'ont voulu le banquier et son client. Cette recherche d'intention paraît quelquefois conjecturale. Le contrat bancaire se caractérise par une certaine sécheresse, il est bref, les parties utilisent un mécanisme mis au point par un long usage et dont elles ne jugent pas nécessaire de préciser les rouages. Cependant, il est toujours possible de dégager la volonté des parties en s'attachant à la technique, au but économique de l'opération et aux impératifs du crédit : rapidité, sécurité, facilité de mobilisation que le banquier, sinon son client, doit être présumé avoir voulu satisfaire.

Il ne faut pas craindre, d'ailleurs, de rechercher plutôt l'intention du banquier que celle du client. Le contrat d'escompte, et tous les contrats bancaires en général, sont des contrats d'adhésion. Le grand nombre d'opérations journalières accomplies par les banques ne permet pas une discussion approfondie à l'occasion de chacune d'elles. La banque impose sa volonté; des formules imprimées sont soumises à

la signature du client; toutes les opérations d'un même type se déroulent selon un schéma identique. La direction actuelle du crédit ne peut que renforcer ce caractère. Le premier soin de l'interprète est de prendre connaissance de ces formules. Leur contenu, souvent trop laconique, permet cependant de déceler la volonté du banquier; ainsi, les bordereaux d'effets remis à l'escompte contiennent le plus souvent la clause « sauf encaissement » ou « sauf bonne fin », désignées encore par ces initiales : « S.B.F. ». Nous verrons plus tard toute l'importance de cette clause. Ces formules ont donné naissance à des usages évidemment favorables au banquier, et auxquels les parties se réfèrent implicitement. Une référence constante à l'usage est nécessaire pour résoudre les problèmes juridiques.

Leur caractère mécanique de contrat d'adhésion n'empêche pas les contrats bancaires d'être marqués au sceau de l'*intuitus personnae*, ce qui leur confère un aspect paradoxal. En général la prédominance de la formule, et l'automatisme uniforme qu'elle entraîne dans la conclusion du contrat, détachent celui-ci de la personnalité des contractants : seules comptent les prestations fournies et leur valeur économique. Le crédit, objet des contrats bancaires, suppose au contraire une personnalisation intense du contrat : le crédit repose sur la confiance, et la confiance ne se donne qu'à une personne déterminée. Ce n'est pas évidemment la confiance au sens commun du terme, aveugle, un peu béate; c'est la confiance au sens commercial, sentiment raisonné, pesé, calculé, on a parlé de confiance méfiante. Cet élément psychologique, « qui, à quelque degré qu'il se rencontre, existe toujours et demeure la base des opérations de crédit » (1), colore de façon originale l'accord des parties, et exerce une influence considérable sur le régime juridique du contrat. Nous aurons l'occasion de souligner l'importance de son rôle dans l'opération d'escompte.

14. — Pour préciser le régime juridique de l'opération d'escompte, le juriste ne doit pas se cantonner à l'analyse de l'accord des volontés. Il doit encore prendre en considération les règles juridiques relatives au titre escompté; l'effet de commerce, objet par excellence de l'opération d'escompte, est doué d'une vie propre, il confère des droits, impose des obligations soumises à un régime juridique particulier. Le banquier et son client sont liés par un double rapport de droit, l'un dépendant du droit commun des contrats et résultant de leur accord, l'autre soumis au droit cambiaire et résultant de l'endossement de l'effet escompté. Ces deux rapports ne sont pas sans exercer une influence l'un sur l'autre; l'escompte

(1) Escarra et Rault, *Principes de Droit commercial*, tome VI, n° 586.

conduit donc nécessairement à aborder l'étude de problèmes purement cambiaires; cette étude n'est pas dépourvue d'intérêt : la connaissance de leurs solutions s'impose pour déterminer d'une manière complète le régime de l'opération et l'angle particulier sous lequel ces problèmes sont examinés — les nécessités du crédit bancaire — jette sur eux un éclairage nouveau.

15. — Il faut encore tenir compte du cadre juridique dans lequel s'effectue l'opération d'escompte. Presque toujours les parties sont liées par un compte courant. La créance du client et celle du banquier, née du non-paiement de l'effet, se traduisent par une inscription en compte; or, le compte courant n'est pas un simple cadre comptable, c'est un véritable contrat bancaire aux effets particulièrement curieux et efficaces. S'il n'intervient pas dans la formation ou le dénouement de l'opération, mais uniquement pour assurer le règlement des créances qui en résultent, son importance en matière d'escompte n'en est pas moins considérable. L'étude serait incomplète si l'on faisait abstraction de ses effets. Mais, là encore, le terrain est mouvant. N'a-t-on pas écrit que la théorie du compte courant était à refaire ? Il faut donc dégager avec le plus de minutie possible la volonté des parties pour pouvoir préciser avec justesse le fonctionnement de ce mécanisme bancaire et son incidence sur l'opération d'escompte.

16. — L'interférence des effets de l'accord des volontés avec ceux attachés au titre et au compte courant accroît la complexité de l'opération d'escompte, et seule une étude chronologique permet d'embrasser tous les problèmes juridiques qu'elle soulève. Un tel plan n'est d'ailleurs pas exclusif d'une certaine répartition de ces problèmes; l'opération d'escompte, comme toute opération de crédit, se déroule dans le temps et comprend deux phases distinctes : la réalisation du crédit et le dénouement du crédit. Les problèmes juridiques se répartissent d'une façon naturelle en deux groupes suivant qu'ils se rapportent à l'une ou à l'autre phase.

Les parties ont échangé leur consentement, un contrat s'est formé, le contrat d'escompte, en exécution duquel le banquier verse le montant d'un effet que le client lui endosse. L'accomplissement de ces deux prestations réalise l'opération d'escompte. Les problèmes que soulève la réalisation de l'escompte ont trait principalement à l'accord des volontés : problème d'identification : cet accord constitue-t-il un contrat d'escompte ? Problème de validité, de formation et d'exécution de ce contrat. Plus rares sont les problèmes soulevés par l'effet escompté et le fonctionnement du compte courant.

Une fois réalisée, l'opération suit son cours jusqu'au paiement de l'effet. Cette seconde phase échappe, dans une certaine mesure, à la volonté des parties : celles-ci ont fixé une fois pour toutes les conditions de l'opération, le mécanisme ainsi réglé a été lancé, il fonctionne jusqu'à son terme. Un nouvel accord est nécessaire pour en modifier le cours. Les problèmes qui se posent ont trait principalement à la vie et au paiement de l'effet. L'effet de commerce est doué d'une vie propre, certains événements traversent cette existence et peuvent se répercuter sur le déroulement de l'opération d'escompte. A l'échéance, le paiement du titre (volontaire ou forcé) dénoue l'opération de crédit. Au cas de défaillance du débiteur principal du titre, le banquier escompteur exercera les différentes garanties dont il dispose. Le compte courant peut intervenir pour assurer le règlement entre banquier et client. C'est le délicat problème de la contrepassation.

Nous étudierons, dans une première partie, les problèmes juridiques soulevés par la réalisation de l'opération d'escompte, le contrat d'escompte et son exécution. Dans une deuxième partie, les problèmes soulevés par le déroulement ultérieur de l'opération et son dénouement.

1^{re} partie : La réalisation de l'opération d'escompte : le contrat d'escompte et son exécution.

2^e partie : Le déroulement ultérieur de l'opération d'escompte et son dénouement.

PREMIÈRE PARTIE

LA RÉALISATION DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE
LE CONTRAT D'ESCOMPTE
ET SON EXÉCUTION

Avant d'aborder l'étude du régime juridique du contrat d'escompte, il faut essayer de déterminer sa nature juridique en précisant son contenu et l'intention des parties. La solution des autres problèmes dépend, dans une large mesure, de la conception adoptée.

TITRE I : La nature juridique du contrat d'escompte.

TITRE II : Les conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte.

TITRE III : Les modalités de formation et d'exécution du contrat d'escompte.

TITRE I

LA NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'ESCOMPTE

17. — L'analyse juridique du contrat d'escompte doit rendre compte du mécanisme pratique de l'opération. Celui-ci est d'ailleurs fort simple. Le porteur d'un effet de commerce l'endosse à son banquier qui lui en verse immédiatement le montant nominal, sous certaines déductions dont la principale, l'agio, encore appelé escompte, est proportionnelle au montant de l'effet et au temps à courir jusqu'à son échéance. L'endossement revêt toujours la forme d'en endossement translatif de propriété. Le client jouit des fonds reçus, le banquier peut disposer de l'effet, et notamment l'endosser à un tiers. A l'échéance, le banquier, s'il est encore porteur, doit en premier lieu demander le paiement de l'effet au débiteur principal; en cas de défaillance de celui-ci, il trouve, parmi les droits conférés par l'effet, celui d'en demander le paiement à son client endosseur.

Le problème de la nature juridique de l'escompte consiste à rechercher si ce mécanisme correspond à un type contractuel déjà connu, ou s'il est nécessaire de reconnaître l'existence d'un contrat nouveau.

18. — Les solutions proposées peuvent être classées en quatre groupes.

Quelques auteurs, et non les moindres, se sont arrêtés à l'aspect cambiaire de l'opération : l'endossement du titre escompté et les effets qu'il entraîne suffiraient à expliquer le mécanisme de l'escompte et à déterminer son régime juridique. Il ne serait guère besoin de pousser plus loin l'analyse et de rechercher la nature du contrat d'escompte à l'origine de cet endossement.

Dépassant le stade du rapport cambiaire né de l'endossement, d'autres auteurs, les plus nombreux, ont estimé néces-

saire d'analyser le contrat causal pour en déterminer la nature et, par suite, pour en préciser les effets. Mais, animés d'une même volonté de recherche en profondeur, ils ont abouti à des conceptions divergentes. La remise d'une somme d'argent et celle d'un effet de commerce peuvent donner lieu à des interprétations différentes : une somme d'argent peut jouer le rôle de somme prêtée ou de prix; un titre, un rôle de garantie, de paiement ou de chose achetée.

Certains auteurs mettent en avant la remise de la somme d'argent. L'escompte serait une opération complexe consistant essentiellement dans un prêt, la remise de l'effet de commerce s'effectuant à titre de garantie ou de paiement.

D'autres auteurs ont donné, à la remise des fonds et à la remise du titre, une importance juridique égale, la seconde n'étant plus l'accessoire de la première, mais chacune d'elles étant la cause de l'autre. L'escompte serait alors une cession de créance ou bien une vente d'effet de commerce, suivant la conception des titres de crédit adoptée.

Enfin, une partie de la doctrine a renoncé à assimiler l'escompte à un contrat déjà connu, mais il s'en faut que les analyses concordent.

19. — Les intérêts pratiques du débat sont nombreux, mais l'abondance de théories nuancées rend impossible leur exposé systématique. Nous signalerons, à propos de chaque problème, l'incidence des diverses analyses proposées. Précisons seulement que l'intérêt fiscal de la discussion a aujourd'hui disparu. Depuis la réforme fiscale de 1948, que l'escompte soit un prêt, un achat ou un contrat *sui generis*, les agios sont toujours frappés du même impôt sur le revenu. La réforme du 28 décembre 1959 n'a pas altéré l'uniformité d'imposition (1).

(1) Sur cet intérêt fiscal, antérieur à 1948, voir Hamel, tome II, n° 1037, p. 745, et n° 1039, p. 749. Si l'escompte est un prêt les agios sont des intérêts, ils devaient donc être frappés par l'impôt sur le revenu des créances. Si l'escompte est un achat, les agios constituent un bénéfice, celui-ci devait être frappé par l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux dont le taux était bien inférieur. C'est en faveur de cette dernière solution que s'était prononcée l'administration de l'enregistrement.

Pour l'impôt sur le chiffre d'affaire, voir Cons. d'Etat, 1^{er} décembre 1947, J.C.P. 1948, II, 4264. L'arrêt distingue l'escompte du prêt et décide que, s'il y a escompte, les agios de réescompte sont déduits des agios perçus pour le calcul de l'assiette de l'impôt; s'il y a prêt mobilisé par un effet de commerce remis à l'escompte, les agios d'escompte ne viennent pas en déduction des intérêts. L'art. 274, 4^e, du Code général des Impôts a supprimé cet intérêt en décidant expressément que les agios de réescompte ne sont pas déductibles du montant des agios d'escompte.

- Chapitre I : Théorie identifiant l'escompte à un endossement, acte abstrait.
- Chapitre II : L'escompte identifié à un prêt avec remise d'un titre en garantie ou en paiement.
- Chapitre III : L'escompte identifié à un achat au comptant.
- Chapitre IV : Théories analysant l'escompte en un contrat *sui generis*.
- Chapitre V : Conclusion. Construction proposée.

CHAPITRE I

THÉORIE IDENTIFIANT L'ESCOMPTE A UN ENDOSSEMENT ACTE ABSTRAIT

Exposé :

20. — De nombreux auteurs italiens ont soutenu que l'escompte n'était pas autre chose qu'un endossement, « Girata cambialia », une convention cambiale, « negozio cambiario » (1). Cette théorie a été soutenue, en France, par le doyen Ripert (2). Selon lui, il est inutile de recourir aux institutions du droit civil, au contrat de prêt ou au contrat de vente, pour expliquer l'opération d'escompte. Le mécanisme cambial par lequel elle se réalise, l'endossement, suffit à la caractériser et à déterminer son régime juridique.

En effet, « l'endossement, a écrit le doyen Ripert, est une opération de caractère abstrait, dont la cause juridique ne doit pas être prise en considération. Le banquier est bénéficiaire de l'endossement translatif, il devient porteur de l'effet ». Et cette qualité suffit à déterminer ses droits. Le client a endossé l'effet de commerce, sa qualité d'endosseur suffit à déterminer ses obligations; il est désormais garant du paiement de l'effet. Le droit cambial, et le droit cambial seul, régit les rapports entre banquier endossataire et client endosseur, indépendamment de la cause en vertu de laquelle cet endossement a été consenti. « L'escompte est donc tout

(1) Vivante, *Traité de Droit commercial*, 5^e édition, tome III, n° 1118, p. 253; Ascarelli, « l'astrattezza dei titoli di credito », dans la *Revista di Diritto commerciale*, 1932, I, p. 400, note 2; Mossa, *La cambiale secondo la nuova legge*, Milan, 1935, tome I, p. 225, n° 182. On trouve un exposé et une vive critique de cette théorie, ainsi que d'autres références, dans : Minervini, *Lo sconto bancario* (1949), p. 29, n° 9; Donadio, *Lo sconto* (1948), p. 11, n° 3; Arena, *Lo sconto della carte commerciale* (1934), p. 12.

(2) Tome I, n° 1939; adde : Huet, *Thèse*, Paris 1936, p. 89 : « Les droits du banquier sur les effets contrepassés en compte courant », Comp. Wahl, *Traité de Droit commercial*, n° 1753, p. 632.

simplement l'endossement d'une traite, avec déduction opérée sur le montant nominal et sans qu'il y ait à se demander pour quelle cause la banque prend la traite... L'opération bancaire se suffit à elle-même sans qu'il soit besoin de l'apparenter à un contrat civil. »

Cette conception de l'escompte n'est qu'un aspect d'une théorie plus générale soutenue par Ripert (1). Selon cette théorie, dite du « titre formel » ou du « document littéral », l'obligation de l'endosseur et le droit du porteur naissent du titre et n'ont pas d'autre cause que le seul emploi des formes légales, et sont par conséquent absolument indépendants du contrat en vertu duquel l'endossement est consenti. Dans une telle conception des mécanismes cambiaires, le contrat d'escompte ne peut avoir aucune influence sur le rapport cambiaire qui lie le client endosseur et le banquier endossataire. Il est inutile de prendre en considération cet accord de volonté, cause de l'endossement; l'escompte peut être réduit aux rapports de droit engendrés par l'endossement.

Appréciation critique :

21. — Cette théorie a le mérite indiscutable de souligner l'importance du mécanisme cambiaire de l'endossement dans l'escompte des titres à ordre. L'unique référence aux qualités d'endosseur et de porteur suffit à déterminer les droits et les obligations des parties vis-à-vis des tiers, et même, dans bien des cas, leurs droits et obligations réciproques.

Les tiers ne connaissent de l'opération d'escompte que l'endossement qui assure en partie sa réalisation. A leurs yeux, il y a endossement de forme translatrice : le banquier revêt la qualité de porteur, son client celle d'endosseur; là s'arrêtent leurs investigations; ils n'ont pas à rechercher si cette apparence correspond à la réalité, quels sont le contenu, la nature juridique ou les vices de l'accord de volonté qui a présidé à cet endossement; ils peuvent se fier à l'apparence formelle du titre et à la forme translatrice de l'endossement. Au regard des tiers, il est exact de dire que l'escompte d'un titre à ordre apparaît comme un simple endossement translatif de propriété au profit du banquier.

22. — Cependant, une telle affirmation ne vaut qu'à l'égard des tiers, et des tiers de bonne foi : on ne peut la généraliser et réduire l'escompte à un simple endossement, lui ôtant ainsi toute spécificité.

L'analyse de Ripert repose sur une conception des titres de crédit et des mécanismes de leur transmission qui n'est

(1) *Traité de Droit commercial*. Edition 1953, nos 1720, 1738, 1841.

pas admise en droit français (1). A l'égard des tiers de bonne foi tout se passe comme si l'engagement de l'endosseur et les droits du porteur naissaient de l'emploi des formes légales et comme si l'endossement était un acte abstrait; mais ce n'est là qu'une image commode pour expliquer le principe de l'opposabilité des exceptions, une fiction qu'il faut se garder d'utiliser lorsqu'on envisage les relations entre parties immédiates, les obligations engendrées par l'endossement étant alors étroitement subordonnées à l'existence et à la validité du rapport causal. Sans pouvoir reprendre ce débat déjà clos, il suffit de souligner l'insuffisance d'une telle conception de l'escompte. S'interdisant toute investigation quant à la cause de l'endossement, cette théorie laisse dans l'ombre l'accord de volonté qui a présidé à la formation de l'opération, pour s'attacher exclusivement au mode d'exécution de l'obligation de l'une des parties : la cession du titre par l'endossement. De ce fait, l'identification de l'escompte à un simple endossement, acte abstrait, ne saurait donner une vue complète de l'opération.

23. — Cette conception apparaît tout d'abord un peu « étroite » (2). Elle ne rend pas compte du domaine d'application de l'opération d'escompte. L'endossement, en effet, est le mode de transmission des titres à ordre : réduire l'escompte à l'endossement, c'est exclure de la définition l'escompte des titres au porteur dont la pratique est pourtant courante, et également l'escompte des créances ordinaires dont le droit italien admet la possibilité.

24. — Mais, par ailleurs, cette conception de l'escompte est trop large. Définir l'escompte par la seule présence d'un endossement de forme translatrice ne permet pas de le distinguer d'autres opérations bancaires qui se réalisent également par un endos de forme translatrice. Ainsi, la remise en pension, la remise en vue de recouvrement, se réalisent en fait par un endos en blanc, comme l'escompte. Or, bénéficiaires d'un même endos de forme translatrice, en apparence investis des mêmes droits, le banquier escompteur et celui qui reçoit les effets en pension ou en vue du recouvrement sont dans des situations juridiques très différentes vis-à-vis de leur endosseur (3). Certes, pour les tiers de bonne foi, la distinction est

(1) Voir sur cette théorie Lescot et Roblot, tome I, n° 115; Friedel, *De l'opposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, p. 87, n° 64. Cass. Com., 20 févr. 1957, R.T.D. Com. 1958, p. 354, n° 4.

(2) H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 14.

(3) Sur la distinction de ces diverses opérations, voir *infra*, n° 75 et suiv.

dépourvue d'intérêt : dans un cas comme dans l'autre, la mention portée sur l'effet est identique; ils peuvent s'y fier entièrement sans risque de se voir opposer les conventions réelles liant le banquier à son endosseur. Mais, entre parties, la forme d'endos utilisée n'est qu'une présomption susceptible de preuve contraire; le banquier ou son client peuvent arracher le voile de l'apparence et rétablir la réalité de leurs conventions et, selon les cas, le banquier sera propriétaire de l'effet, créancier gagiste ou simple mandataire. Si l'on réduit l'escompte à un simple endossement translatif, si l'on refuse de prendre en considération, même entre parties, la cause pour laquelle la banque prend la traite, il devient impossible de distinguer ces opérations pourtant juridiquement distinctes. L'escompte ne servirait plus à désigner une opération juridique autonome, mais deviendrait un terme générique groupant toute opération bancaire comportant un endossement de forme translative.

Certes, il est possible d'opérer une distinction entre ces différentes opérations, en affirmant que dans l'opération d'escompte cet endossement de forme translative correspond bien à la réalité, mais c'est alors pénétrer dans l'analyse de la volonté des parties, ce que proscriit la théorie examinée, et de plus une telle affirmation, serait-elle exacte, ne suffit pas à qualifier l'escompte d'un point de vue juridique et à déterminer son régime avec précision.

25. — Dire que le contrat d'escompte opère un transfert de propriété de l'effet au banquier n'est point une inexactitude, mais une telle vérité ne permet pas de dégager la nature juridique de cette convention dont le transfert de propriété n'est que l'exécution. En effet, ce transfert de propriété peut être basé sur les causes les plus diverses. « Il peut trouver son origine soit dans une opération relative à la lettre de change elle-même (vente, libéralité, escompte), soit dans un rapport juridique extérieur et antérieur entre endosseur et endossataire (dette à payer par exemple) » (1).

26. — Enfin, une référence exclusive à l'endossement ne permet pas de déterminer de façon complète et précise les effets de l'opération d'escompte entre banquier et client. « Comme toujours en matière d'effets de commerce, écrit M. J. Savatier, on doit construire les rapports juridiques entre les parties

(1) Henrion et Simonet, *Les Aspects juridiques et économiques du Crédit à court terme*, n° 70, p. 108. Voir également les critiques de Louis Frédéricq et Raoul Debacker. *Traité de Droit commercial*, tome X, n° 110, p. 286. Donadio, *Lo sconto*, n° 3, pp. 11 et suiv.; Minervini, *Lo sconto bancario*, nos 9 et 10, p. 29 et suiv.

en tenant compte de la superposition des rapports cambiaires, résultant de l'émission ou de la circulation du titre, et des rapports fondamentaux ayant leur source dans les contrats liant les parties » (1).

A leur égard, l'importance de l'accord des volontés et la nécessité de son analyse apparaissent à un double point de vue. Tout d'abord, l'efficacité du rapport cambiaire qui unit les parties est conditionnée par la validité et l'existence du contrat causal, en l'espèce le contrat d'escompte. Or, ces conditions de validité et d'existence peuvent varier suivant les conceptions du contrat d'escompte. D'autre part, les droits et les obligations réciproques des parties ne résultent pas uniquement de l'endossement, mais également du contrat causal dont la transmission de l'effet est l'exécution partielle. Si, par exemple, la garantie cambiaire de l'endosseur vient à disparaître par suite de la négligence du porteur ou de la prescription, il est admis que le rapport fondamental survive : le banquier continue d'exercer les droits qu'il tient directement du contrat d'escompte, indépendamment de l'endossement. Il est alors nécessaire d'analyser le contrat d'escompte, de connaître exactement l'intention des parties, de dégager sa nature juridique pour savoir si le banquier possède une action contre le bénéficiaire de l'escompte et quelles sont ses conditions d'exercice. Autant de problèmes que la théorie de Ripert ne permet pas d'élucider.

Aussi, la majorité de la doctrine a-t-elle estimé nécessaire de pousser l'étude de l'opération au-delà de l'apparence formelle de l'endossement, seul connu des tiers, et d'analyser le contrat fondamental qui unit le banquier au bénéficiaire de l'escompte. Cependant, avant de passer à l'étude des différentes analyses proposées, il faut souligner encore l'importance de la théorie de Ripert. Elle apporte une pierre essentielle à l'édifice juridique de l'escompte. En mettant en valeur l'importance du mécanisme cambiaire, elle souligne l'originalité et la complexité de la structure de l'opération : curieuse opération dont les effets ne découlent pas uniquement de la convention initiale, mais résultent aussi du mode d'exécution d'une des obligations engendrées par cette convention.

(1) Note au D. 1954, p. 657, 2^e col. Ajouter dans le même sens Lescot et Roblot, tome I, n^{os} 78 et suiv.

CHAPITRE II

L'ESCOMPTE IDENTIFIÉ A UN PRÊT AVEC REMISE D'UN TITRE EN GARANTIE OU EN PAIEMENT

27. — A l'opposé de la théorie précédente qui insistait sur la prestation du bénéficiaire de l'escompte, l'endossement du titre, et réduisait même l'escompte à cette prestation, de nombreux auteurs ont mis l'accent sur la prestation du banquier. Le but essentiel de l'opération est de fournir l'argent liquide à un commerçant : la remise des fonds au client doit avoir place prépondérante dans l'analyse juridique de l'opération. L'escompte, écrit M. Garrigues, est d'abord une opération de crédit qui se réalise par le contrat type de crédit, le contrat de prêt (1).

Si l'analyse de la prestation du banquier en un prêt est simple et ne souffre aucune divergence de doctrine, par contre la prestation du bénéficiaire de l'escompte est diversement analysée : il est difficile, en effet, de déterminer la nature et le rôle juridique exact de la remise du titre ainsi accolée à un prêt. Certains auteurs ont même éludé le problème et n'indiquent pas à quel titre l'effet de commerce est transmis au banquier par l'emprunteur (2).

Avant d'examiner ces différentes théories dans ce qu'elles ont d'essentiel et de commun, et de rechercher s'il est vraiment possible de voir dans l'escompte un contrat de prêt, il faut d'abord étudier leurs divergences concernant la construction juridique de la remise du titre (3).

(1) *Los contratos bancarios*, p. 264 : « El descuento es *primordialmente* una operacion de credito encarnada en el contrato tipico de credito, que es el contrato de prestamo. »

(2) Lyon, Caen et Renault, tome IV, nos 702 et suiv.

(3) Il semblerait plus logique d'étudier l'essentiel avant l'accessoire. Mais deux raisons nous ont conduit à adopter le plan inverse. D'une part l'analyse de l'escompte en un prêt est simple, son exposé n'appelle

- La remise du titre au banquier : les différentes constructions proposées.
- La remise des fonds par le banquier : son caractère de prêt.

**Section I. — La remise du titre au banquier :
Les différentes constructions proposées**

28. — La prestation du banquier et celle de son client sont toutes deux nécessaires pour qu'il y ait escompte. Du point de vue économique, elles revêtent une importance égale. Mais, du point de vue juridique, l'une d'elles peut occuper une place prépondérante par rapport à l'autre. Si l'on voit dans l'escompte une opération de crédit réalisée par un prêt, il est évident que la remise des fonds par le banquier à son client occupe la place essentielle du point de vue juridique. La remise du titre au banquier ne peut jouer qu'un rôle juridique accessoire par rapport à ce prêt, rôle de garantie du remboursement du prêt, ou bien servir au remboursement lui-même.

*Sous-section I. — Théories qui analysent la remise du titre
en une garantie du remboursement du prêt*

29. — On a parfois soutenu que le titre escompté n'était remis au banquier qu'en garantie de son prêt.

L'effet de commerce est un meuble, et la première forme de garantie à laquelle le juriste doit penser est la mise en gage du titre. L'escompte serait, dans cette conception, un prêt garanti par un gage en effet de commerce.

Cependant, d'autres auteurs ont analysé la remise du titre en une garantie spéciale en propriété, analogue à la fiducie du droit romain.

I. - LA REMISE DU TITRE EST UNE MISE EN GAGE

30. — *Exposé :*

Selon cette théorie, la remise de l'effet escompté au banquier n'est pas faite en propriété, mais seulement à titre de gage. Le banquier escompteur est un simple créancier gagiste :

aucun développement particulier, et l'on peut commencer par expliquer les différentes constructions de la remise du titre avant d'aborder son examen critique. D'autre part, si l'on repousse cette analyse de l'escompte en un prêt — et nous serons conduit à cette extrémité — il devient inutile d'exposer les différentes constructions possibles de la remise du titre : on donnerait au lecteur une vue incomplète de la doctrine.

il avance à son client le montant d'un effet de commerce et, pour garantir le remboursement de ce prêt, il se fait remettre en gage l'effet de commerce. L'escompte est une sorte d'avance sur effet de commerce analogue à l'avance sur titre.

L'effet de commerce fait bien l'objet d'un endossement de forme translatrice au profit du banquier, mais il n'y a là qu'une simple apparence non conforme à la réalité. Il s'agit, à la vérité, « d'un gage commercial, simplifié dans sa constitution et dans sa réalisation et qui, outre les droits nés du gage, confère au banquier celui de se faire payer le montant de l'effet (article 91 du Code de Commerce, dernier alinéa) » (1). Dans la pratique courante, l'échéance du prêt et l'échéance de l'effet étant identique, le banquier se rembourse de ses avances en exerçant ses droits de gagiste. Des plaideurs ont même soutenu que la convention de mise en gage se doublerait d'un mandat à fin d'encaissement (2).

31. — *Appréciation critique :*

Cette théorie se heurte à de graves obstacles et ne saurait être admise. Peu, d'ailleurs, l'ont soutenue (3). On en trouve les derniers échos dans l'ouvrage de MM. Terrel et Lejeune (4). Encore ces auteurs ne sont-ils pas très convaincus de leur doctrine. En Italie, cette théorie n'a jamais été défendue. Elle a été formellement rejetée par le législateur de 1942 (5).

Cette analyse de la remise du titre escompté en une mise en gage, se heurte à une objection décisive : le banquier acquiert le titre en toute propriété et n'est pas simplement titulaire d'un droit de gage.

(1) Escarra, *Cours de Droit commercial*, n° 1369.

(2) Voir les motifs de l'arrêt de Cass. Com. 2 nov. 1953 : D 1954, 657, note J. Savatier; Banque 1954, p. 38, note X. Marin; R.T.D. Com. 1954, p. 125, note 1. Obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

(3) En vérité, cette théorie du prêt sur gage jouit d'une importance usurpée dans la doctrine française. Pratiquement, elle n'est plus soutenue, mais dans presque tous les ouvrages de droit commercial traitant de la question, c'est la seule théorie que l'on oppose à celle de la cession de créance ou de l'achat de titres. Voir, par exemple, Hamel, tome II, n° 1037; Escarra, *Cours de Droit commercial*, n° 1369.

(4) *Traité des Opérations commerciales de Banque*, 8^e édition, 1951, p. 79. Après avoir dit que l'escompte était un prêt garanti, ils concluent : « ... peut-être faut-il voir dans l'opération d'escompte un cas juridique complexe qui se prête difficilement à la distinction rigoureuse des différents contrats du droit traditionnel. La clause à ordre semble bien avoir institué un droit nouveau en matière de cession de créance. »

(5) Minervini, *Lo sconto bancario*, p. 38, n° 13 : « In concreto, gli studiosi dello sconto da un punto di vista giuridico, non hanno mai pensato di introdurre l'elemento « dazione in pegno di crediti o di titoli di credito » : Tale opinione è oggi più che mai da respingersi. »

Ce transfert de propriété du titre coïncide avec la forme translatrice de l'endossement. Si, entre les parties, l'usage d'un tel endossement n'implique pas nécessairement le transfert de propriété du titre, il le fait du moins fortement présumer et, en l'espèce, il correspond à l'intention réelle des parties et aux droits conférés au banquier. Ce dernier peut disposer librement de l'effet avant son échéance et, à son tour, le céder à un tiers par le réescompte, sans se rendre coupable, vis-à-vis de son client, d'un abus de confiance. Un tel acte de disposition, fréquent en pratique, serait interdit à un simple créancier gagiste.

32. — La doctrine moderne admet unanimement que le banquier acquiert la propriété de l'effet escompté et repousse l'idée d'une mise en gage (1).

La jurisprudence s'est prononcée depuis longtemps en ce sens (2).

Un arrêt de la chambre civile du 2 novembre 1953 (3) est venu confirmer cette jurisprudence. Un banquier avait escompté en compte courant un effet de commerce libellé en livres sterling. La valeur en francs de cet effet au jour de l'escompte avait été portée au crédit du remettant. Avant l'échéance de l'effet survient une dévaluation du franc. Le banquier pouvait-il conserver la plus-value en francs acquise par l'effet du fait de cette dévaluation ? Tout dépendait du point de savoir si le banquier avait acquis la propriété des effets. S'il n'était qu'un prêteur sur gage, il ne pouvait toucher plus que la somme prêtée et les intérêts. La Chambre civile a répondu dans ces termes : « ... l'escompte d'effets de commerce en compte courant implique la transmission de leur propriété au banquier escompteur ; c'est à juste titre que la

(1) Voir notamment : Hamel, t. I, nos 358, 419, 426 ; t. II, n° 1038 ; Escarra et Rault, t. VI, nos 456, 539, 607 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1479 ; H. Cabrillac, J. Clas, *Banque Fasc.*, 35, nos 13 et 15 ; H. Germain Martin, *Encyclopédie Dalloz D^e Com.*, V° Escompte ; J. Savatier, note au D. 1955, 131, et D. 1954, 657 ; Marty, *Annales Droit commercial*, 1931 ; Trasbot, *Annales D^e Com.*, 1927. Thaller, note au D. 1901, 2, 289, et D. 1907, I, 169 ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 850. Parmi les ouvrages de technique bancaire, Ferronnière et de Chillaz, n° 266 ; Ardant, introduction à *L'Etude des Banques et des Opérations de Banque*, p. 120. Cette liste n'est pas exhaustive.

(2) Req. 16 mai 1928, S. 1928, I. 288. On pourrait citer ici tous les arrêts de la Cour de Cassation qui admettent que la contrepassation après faillite du remettant *ne fait pas perdre* au banquier escompteur la propriété de l'effet escompté.

(3) D. 1954, J. 657, note J. Savatier ; *Banque*, 1954, p. 38, note X. Marin ; R. T. D^e Com., p. 125, n° 1. Obs. I. Becqué et Cabrillac. Cet arrêt confirme l'arrêt de Dijon, 13 mai 1949. *Banque*, 1949, p. 626, note X. Marin. R. T. D^e Com., 1949, p. 669, obs. Houin.

Cour d'Appel (1) a reconnu à la B.N.C.I., devenue tiers porteur des traites par la remise qui lui en avait été faite, le droit de conserver pour elle-même la somme représentant la différence entre la valeur de ces effets en francs au jour de l'escompte et leur valeur dans la même monnaie au jour de l'échéance. »

Si cet arrêt ne tranche pas formellement le problème de la nature juridique du contrat d'escompte, il rejette d'une manière péremptoire la théorie qui analyse la remise du titre escompté en une mise en gage. On ne saurait mettre en doute la portée de cet arrêt en affirmant que le transfert de propriété pouvait également s'expliquer par le fait que l'effet avait été remis en compte courant. Il suffit d'observer qu'il n'y a pas transfert de propriété du titre parce qu'il y a remise en compte courant. C'est l'inverse qui se produit : il y a possibilité de remise en compte parce qu'il y a transfert de l'effet en propriété au banquier (2). « Le transfert de propriété, écrit M. R. Percerou, n'a rien à voir avec le compte courant (3). » La solution de l'arrêt vaut, quelles que soient les modalités de réalisation de l'escompte.

De plus, si on pousse plus loin l'analyse, on s'aperçoit que le caractère de remise en compte courant ne peut pas expliquer la solution de l'arrêt tel qu'il est motivé. Selon la théorie des demandeurs du pourvoi, l'escompte est un prêt sur gage : ce ne serait donc pas la valeur de l'effet qui serait portée au crédit du remettant, mais le montant du prêt, qui, n'étant pas perçu directement à la caisse, aurait été porté au crédit de l'emprunteur. Les effets remis en gage devraient être laissés hors du compte. Or, l'arrêt ne s'explique pas sur cette conception des inscriptions en compte comme il aurait dû le faire s'il s'était basé sur l'entrée en compte des effets. Il préfère aborder le problème de front et trancher dans le vif, à la source : l'escompte, quelles que soient les modalités, entraîne transfert de la propriété du titre escompté. Les mots « en compte courant » apportent une précision de fait inutile pour la solution de droit.

Certains arrêts de Cour d'Appel font preuve également d'une grande netteté. Ainsi, la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 28 juillet 1941 (4), déclare : « ... Le contrat d'escompte ne saurait en lui-même être assimilé à un contrat de gage, puisqu'il transfère la propriété des effets au banquier. » De

(1) Dijon, 13 mai 1949. *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 669, n° 3.

(2) Cf. Houin *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 669, n° 3 ; Hamel, t. I, n° 358 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 456 ; Escarra, *Manuel*, n° 1316 ; Ripert par Durand et Roblot, t. I, n° 1823.

(3) *Encyclopédie Dalloz D^t Com.*, V° compte courant, n° 61, *in fine*.

(4) G. P., 1941, II, 281.

même, dans un arrêt du 1^{er} juillet 1958, la Cour de Rouen(1) :
 « Attendu que ce droit de propriété que le Crédit Lyonnais avait effectivement acquis, lors du transfert de l'effet en sa faveur ayant résulté d'une remise à l'escompte à lui faite... »

33. — Faut-il encore se convaincre de ce principe ? Il est alors possible de remarquer que les conséquences logiques auxquelles conduit l'idée de mise en gage de l'effet sont repoussées par la jurisprudence.

Le banquier escompteur qui produirait à la faillite de son client pour le montant du prêt, devrait déduire de cette production les acomptes versés par les signataires de l'effet remis en gage, en application de l'article 527 C. Com. (548 ancien). Or, cette conséquence n'a jamais été admise par la jurisprudence.

Le transfert de propriété de l'effet escompté au banquier est donc une donnée de notre droit positif dont doit tenir compte toute recherche de la nature juridique du contrat d'escompte. Elle suffit à écarter la théorie du prêt sur gage.

Mais quelques auteurs ont encore essayé de concilier ce transfert de propriété avec l'analyse de la remise des fonds en un prêt.

II. - LA REMISE DU TITRE EST UNE GARANTIE EN PROPRIÉTÉ

Exposé de la théorie :

34. — Si le transfert en propriété du titre escompté exclut nécessairement la possibilité d'une mise en gage, il n'en est pas moins conciliable avec l'idée de garantie de remboursement du prêt. Il s'agit simplement d'une garantie en propriété.

Cette analyse de l'escompte en un prêt garanti par un effet remis en propriété, a été proposée en France par MM. Trasbot, Percerou et Desserteaux et M. Journel(2) à propos de l'escompte en compte courant et pour expliquer certaines solutions de la jurisprudence en matière de contrepassation(3). Mais leur théorie a une portée générale et vaut aussi bien pour l'escompte par caisse; le compte courant est un mode de règlement des créances réciproques qui n'altère

(1) D. 1958, p. 706, J. C. P., 1958, II, 10725.

(2) Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes*, 2^e Ed., 1937, n^{os} 850 et suiv. ; Journel, *Des effets de la faillite et de la saisie-arrêt sur le compte courant*, thèse, Paris, 1932 ; Trasbot, *Annales de Droit commercial*, 1927, p. 285, « De la contrepassation des effets de commerce ».

(3) Notamment le maintien de la propriété de l'effet au profit du banquier et la contrepassation des effets non échus (seul M. Trasbot est partisan de cette dernière solution).

en rien la nature juridique des opérations dont elles sont le résultat.

Ainsi, aux yeux de MM. Percerou et Desserteaux (1), le banquier escompteur « apparaît comme un créancier à raison d'avances et l'intention du client, qui lui a endossé les effets, a été de lui conférer une sûreté destinée à lui assurer le recouvrement plus facile de ce qui lui est dû... S'il est inexact de soutenir que le banquier a voulu se soumettre aux règles du gage, on peut très correctement admettre qu'il a entendu rester principalement créancier, et que son droit de propriété sur l'effet n'est qu'un moyen de lui conférer, pour assurer le recouvrement de ses créances, une sûreté *sui generis* solide et sérieuse ». Et ces auteurs, avec M. Journel, comparent cette garantie, « la meilleure de toutes et la plus puissante, à la fiducie romaine, à la vente à réméré, à l'équitable estate du trustee du droit anglais contemporain » (2).

Ce rappel des institutions passées et actuelles est évocateur. Il permet de préciser les droits du banquier sur les effets escomptés tels que les reconnaissent les partisans de cette théorie (3). La fiducie en droit romain, la vente à réméré, la situation du trustee du droit anglais contemporain font « apparaître la notion d'une propriété qui n'est plus un droit absolu mais qui est affectée à certain but » (4).

Ainsi, par la fiducie, le créancier fiduciaire acquiert la pleine propriété de la chose aliénée. Mais le débiteur fiduciaire lui fait confiance pour ne pas abuser de ce droit, comme il en aurait juridiquement le pouvoir, et pour ne pas en faire un usage contraire aux finalités économiques pour lesquelles ce droit de propriété lui a été transmis. Le créancier doit lui retransférer la chose aliénée s'il est payé à l'échéance. Il y a une discordance entre le pouvoir juridique du fiduciaire et son devoir moral envers le fiduciant (5). Le transfert de propriété est affecté d'une convention fiduciaire qui, en précisant son but, vient en limiter la portée vis-à-vis du fiduciant.

Le banquier escompteur serait dans une situation analogue. Son droit de propriété ne serait absolu qu'en apparence, qu'à l'égard des tiers, mais vis-à-vis de son client il serait limité par le but qui lui est assigné par une convention fiduciaire sous-entendue. La doctrine italienne (6) a essayé de

(1) Percerou et Desserteaux, n° 850, p. 156 et 157.

(2) Percerou et Desserteaux, n° 854, p. 168.

(3) Voir un exposé des diverses théories analogues soutenues en Italie dans Minervini *Lo sconto bancario*, n° 13, p. 38 à 41.

(4) Percerou et Desserteaux, *op. cit.*, p. 168, note 2.

(5) Entre son « Können » et son « Dürfen », disent les auteurs allemands.

(6) Minervini, *op. cit.*, locution citée.

préciser le contenu de cette convention fiduciaire : la propriété de l'effet escompté ne serait transmise au banquier que dans un double but, à savoir — dans un but immédiat de garantie — dans un but médiat de paiement.

Appréciation critique :

Cette conception de la remise du titre, si habile soit-elle, ne peut, selon nous, être retenue. Plusieurs raisons s'y opposent. Elle ne paraît pas juridiquement valable au regard de la législation française sur les sûretés. Elle repose sur une interprétation inexacte de la volonté des parties et ne peut expliquer le fonctionnement de l'opération d'escompte. La jurisprudence a repoussé sa conséquence la plus logique.

35. — a) On peut douter, en droit français, de la validité d'une telle garantie de propriété (1). Notre législation ne connaît pas cette garantie *sui generis*. Elle se heurte, semble-t-il, aux articles 2078 et 2079 du Code civil, et 93 du Code de commerce, prohibant toute appropriation de gage. Il est difficile de voir dans l'article 1659 du Code civil une reconnaissance des sûretés en propriété, étant donné que la jurisprudence déclare nul le gage déguisé sous forme de vente (2).

Le droit commercial, il est vrai, est un droit autonome par rapport au droit civil, et sa puissance créatrice s'accommode assez bien de l'apparition d'une sûreté *sui generis* en propriété. Mais encore faudrait-il que cette garantie ne heurte aucun principe fondamental du droit commercial. Or, faute de texte, nous ne pensons pas que l'on puisse porter atteinte à l'esprit égalitaire de la législation sur la faillite par la reconnaissance d'une garantie innommée purement prétorienne.

Si toutefois on en reconnaît la validité, il faut la soumettre en matière de faillite au même régime que les autres sûretés réelles et notamment aux articles 527 et 536. Or, en application de ces articles, le banquier devrait déduire de sa production à la faillite de l'emprunteur pour le montant du prêt, les sommes encaissées des autres signataires de l'effet demeurant impayé à son échéance. Or, la jurisprudence n'a pas admis cette solution.

36. — b) Même si l'on écarte l'objection précédente, la théorie apparaît critiquable ; « elle repose sur une interpréta-

(1) De nombreux auteurs repoussent la validité d'une telle garantie en propriété : Esçarra et Rault, t. VI, n° 563 ; Hamel, t. I, n° 426, p. 660 ; Marty, *Annales de Droit commercial*, 1931, n° 27, p. 93 ; Huet, p. 194 et 195 ; Deleau, p. 77, n° 38. Voir également Planhol, Ripert et Bequé, *Droit civil*, t. XII, n° 122.

(2) Civ., 31 mars 1938, D. H., 1938, 257.

tion de la convention des parties que rien n'impose », écrit M. Marty (1). Il est difficile de sous-entendre une convention fiduciaire limitant l'efficacité du transfert de propriété du titre escompté. Sous couvert d'analyse juridique, n'est-ce pas torturer la volonté des parties ?

Le fonctionnement pratique de l'escompte exclut toute limitation du droit de propriété du banquier, tenant à une convention fiduciaire. L'entente fiduciaire, si elle ne doit pas diminuer la position du banquier escompteur dans ses rapports avec les tiers, doit, entre parties, rendre illicite tout acte qui serait contraire à la destination convenue de l'effet aliéné. Or, pour l'escompteur, non seulement il est possible, mais pleinement licite, de se servir de toutes les facultés que lui confère la propriété du titre escompté (2). MM. Percerou et Desserteaux ne l'affirment-ils pas eux-mêmes : « Cette propriété, le porteur peut en tirer la conséquence logique qui est l'autorisation à plein de tous les droits attachés aux effets dont il est propriétaire (3). » Comment concilier un transfert de propriété à fin de garantie avec la pratique du réescompte ? Si le banquier entend rester « principalement créancier » (4), n'est-il pas tenu de garder l'effet dans son portefeuille pour le cas où son client lui proposerait un remboursement anticipé du prêt ?

L'analyse de l'opération ne révèle donc pas l'élément fiduciaire et sa vertu restrictive des pouvoirs du banquier escompteur. De plus, comment expliquer que le banquier soit obligé de s'adresser d'abord au tiré pour obtenir le remboursement du prêt, comme le remarque un des partisans de cette théorie (5). « Dans un contrat de garantie, on s'adresse d'abord au débiteur principal, puis au garant à son défaut. »

37. — c) La jurisprudence a pu paraître consacrer cette doctrine : après avoir affirmé que le banquier recevait les effets en toute propriété, elle ajoutait ensuite « en garantie de ses avances » (6). Cependant, la Cour de Cassation a condamné cette théorie, implicitement mais sûrement, en repoussant sa conséquence la plus logique. Comme la théorie du prêt sur gage, la théorie du prêt avec garantie en propriété devait permettre au banquier de demander immédiatement à son client

(1) *Annales Droit commercial*, 1931, p. 118, n° 28.

(2) Minervini, n°s 39, 40.

(3) *Op. cit.*, n° 854, p. 168 et 169.

(4) Percerou et Desserteaux, n° 850, p. 157.

(5) Trasbot, *Annales*, 1927, p. 297.

(6) Civil, 19 novembre 1888, S. 1889, I, 159, D. 1889, I, 409 ; Civ., 28 juillet 1937, D. H. 1937, 568, G. P. 1937, II, 702 ; D. P. 1939, I, 10, note A. Chéron.

le remboursement du prêt en cas de déchéance du terme par la faillite (article 475 nouveau, 444 ancien)(1). Or, par deux arrêts du 19 mars 1930 (2), la Cour de Cassation a rejeté la possibilité de contrepasser les effets non échus au jour de la faillite.

Sous-section II. — Théories qui analysent la remise du titre escompte en un remboursement du prêt

38. — Si l'on rejette l'idée de garantie en propriété, et si l'on tient à conserver la notion de prêt comme donnée fondamentale de l'escompte, le transfert du titre en propriété conduit inéluctablement à l'idée de remboursement du prêt. Selon l'opinion de quelques auteurs, la remise du titre escompté ne serait pas une garantie de remboursement du prêt, mais le remboursement lui-même.

Suivant que l'on se réfère ou non à une conception civiliste de la transmission des titres de crédit, la remise de l'effet escompté peut se réaliser en une délégation de créance ou dans une dation « pro solvendo » du titre.

I. - LA REMISE DU TITRE EST UNE DÉLÉGATION DE CRÉANCE EN REMBOURSEMENT DU PRÊT

Exposé de la théorie :

39. — En France M. Renaud (3), en Italie M. Alessi (4), ont vu dans l'escompte une opération complexe combinant le prêt et la délégation de créance.

Dans cette conception de l'escompte, le banquier escompteur avance à son client la valeur actuelle d'une créance que ce dernier possède contre un tiers. En remboursement du prêt qui lui est ainsi consenti, le client délègue sa créance au banquier, « il affecte sa créance au paiement de sa dette » (5)

(1) Voir l'article de M. Trasbot, MM. Percerou et Desserteaux n'admettent pas la contrepassation des effets non échus ; leur position est contradictoire. Voir *infra*, n° 336.

(2) S. 1931, I, 135.

(3) *Traité juridique et pratique de l'escompte*, thèse, Paris, 1934, p. 42, n° 37. Voir également Escarra et Rault, t. VI, n° 609, p. 432. C'est à cette analyse de l'escompte que va leur préférence.

(4) Alessi, « La natura giuridica dello sconto cambiario », *Banca borsa e titoli di credito*, 1935, II, 1. Voir exposé et critique de cette théorie dans *Lo sconto*, de M. Donadio, p. 20, n° 8, et dans *Lo sconto bancario*, de Minervini, p. 60, n° 19.

(5) Renaud, n° 27, p. 42.

et, selon l'explication proposée par Thaller (1), le tirage de l'effet, ou son endossement au profit du banquier, réaliserait cette délégation. Le client (tireur ou endosseur) joue le rôle de délégant, le banquier (bénéficiaire ou endossataire) celui de délégataire, le tiers débiteur (tiré ou souscripteur) celui de délégué. Il s'agit d'une délégation imparfaite n'emportant pas novation, de sorte que le client délégant reste tenu envers le banquier. Normalement, à l'échéance de la créance escomptée, le banquier demandera le paiement au débiteur délégué, ainsi qu'il y a été invité par son client délégant. Mais ce dernier, en cas de défaillance du délégué, devra rembourser au banquier le montant du prêt, avec les intérêts et les commissions dues, c'est-à-dire le montant même de l'effet.

D'autre part, le banquier délégataire, devenu titulaire de la créance contre le tiers délégué, pourra consentir à son tour une nouvelle délégation : le réescompte.

Appréciation critique :

40. — Cette théorie expliquerait dans ses grandes lignes le fonctionnement pratique de l'opération d'escompte et, selon certains auteurs, présenterait « l'avantage d'élargir la notion de contrat d'escompte à d'autres créances que celles représentées par les effets de commerce » (2). Cependant, si du point de vue économique le prêt avec délégation de créance et l'escompte sont des catégories voisines, la figure juridique de la délégation jure avec les mécanismes cambiaires. Elle est impuissante à expliquer l'escompte des effets de commerce. Où trouver l'acceptation du tiers débiteur dans l'escompte d'une traite non acceptable ou non encore acceptée (3) ? Cette théorie repose sur une conception aujourd'hui périmée des titres de crédit. La doctrine moderne (4) est unanime à rejeter l'analyse de Thaller et ne voit plus, dans la création ou la transmission de ces titres, une délégation. Il n'est point possible ici de reprendre ce débat déjà clos (5).

Cependant, tout en repoussant l'idée de délégation, quelques auteurs ont également admis que la remise du titre servait au remboursement du prêt consenti par le banquier.

(1) *Annales de Droit commercial*, 1906, p. 111, et 1907, p. 97.

(2) Huet, *De la contrepassation des effets de commerce*, thèse, Paris, 1938, p. 93.

(3) Dans ce sens, la doctrine italienne : Minervini, *op. cit.*, n° 19, p. 62, et Aréna, *Lo sconto*, 1935, p. 32.

(4) Lescot et Roblot, t. I, n° 102.

(5) De plus, elle se heurte à toutes les objections que l'on peut adresser à l'analyse de l'escompte en un prêt.

II. — LA REMISE DU TITRE EST UNE DATION « PRO SOLVENDO » EN REMBOURSEMENT DU PRÊT

41. — Selon les partisans de cette théorie (1), le banquier concède un prêt au porteur d'un effet de commerce ; en contrepartie, ce porteur transmet au banquier la propriété de cet effet en vue de le remplir de ses droits de prêteur. L'escompte est un prêt accompagné de son règlement simultané, en effet de commerce.

Avant de déterminer le pouvoir d'explication de cette théorie, il faut préciser le mécanisme auquel elle fait appel. Deux points doivent être mis en relief :

1° La remise du titre au banquier ne constitue pas une dation en paiement, ce qui aurait pour effet d'éteindre *ipso facto* la dette du prêt. Cette remise n'est pas faite en paiement « pro soluto », mais pour le paiement « pro solvendo ». C'est un instrument mis entre les mains du banquier pour obtenir à l'échéance le paiement d'une tierce personne (tiré ou souscripteur de l'effet), mais par lui-même il ne vaut pas paiement. C'est seulement par le recouvrement de l'effet que la dette du prêt s'éteindra définitivement ; jusqu'à cet événement, l'emprunteur demeure débiteur.

Cependant, si la dette du prêt subsiste, elle est en quelque sorte inhibée jusqu'à l'échéance de l'effet. Son exercice est subordonné à la condition suspensive du non-paiement de l'effet. Le banquier se considère comme provisoirement remboursé, mais bien entendu sous réserve d'encaissement de l'effet (2). C'est là, en somme, le mécanisme de tout règlement en effet de commerce. Sauf volonté contraire des parties, la remise d'un effet laisse subsister l'obligation sous-jacente jus-

(1) En Espagne, M. Garrigues a soutenu cette théorie avec une particulière vigueur, *Los contratos bancarios*, 1958, Madrid, p. 263.

En Italie, Angeloni, *Lo sconto*, Milan, 1919. Voir la longue dissertation de M. Minervini sur cette théorie, nos 111 et suiv.

En France, cette doctrine n'a jamais été soutenue expressément, elle est cependant sous-jacente à certains exposés de doctrine ; voir Chéron, note au D. 1928, I, 67. Elle a inspiré certaines décisions de jurisprudence. Voir l'arrêt de la Cour de Rennes du 30 avril 1860, rapporté sous Cass., 5 février 1861, D.P. 61, I, 313.

(2) Garrigues, *op. cit.*, p. 263 : « ... Y solo cuando no cobre el credito cedido renacera la obligacion propia del prestatorio que habia quedado mientras tente en suspenso. » Egalement, p. 264, *in fine*. Voir l'arrêt de la Cour de Rennes du 30 avril 1860 précédemment cité : « Qu'en effet ces traites données en paiement n'emportent libération qu'autant que leur valeur est réalisée, sans quoi le porteur impayé demeure créancier du remettant. » Cf. Chéron, note au D. P. 1928, I, 67 ; Lescot et Roblot, p. 106, n° 84.

qu'au paiement et dans l'escompte, il n'y a pas lieu de supposer qu'il en va autrement (1).

2° Cependant, dans l'escompte, remarquent les partisans de cette théorie, la remise du titre revêt une importance juridique beaucoup plus grande que dans les hypothèses ordinaires de règlement en effet de commerce (2).

Généralement, la « *datio pro solvendo* » du titre intervient pour assurer le paiement d'une obligation préexistante. Dans l'escompte, au contraire, la dation du titre et la naissance de la créance sont simultanées. Elles sont la contrepartie l'une de l'autre. La dation du titre est la cause du prêt qu'elle a pour but d'éteindre.

Normalement, le moyen de paiement se modèle sur la dette à éteindre. Dans l'escompte, l'importance de la dation du titre est telle que c'est le prêt qui s'adapte au titre escompté pour son montant et pour son échéance.

42. — Cette théorie a un grand pouvoir d'explication et cela se comprend aisément. Elle concilie deux faits en apparence opposés : la classification traditionnelle de l'escompte parmi les opérations de crédit et l'acquisition par le banquier de la propriété de l'effet escompté.

Investi de l'effet en propriété, le banquier a la possibilité de le réescompter sans manquer à ses devoirs envers le cédant.

Le titre escompté étant cédé en guise de paiement, le banquier qui a accepté ce mode de règlement ne peut le considérer comme non avenu. Avant de demander à son client le remboursement du prêt, il doit s'efforcer de recouvrer l'effet sur le tiré ou le souscripteur. Ainsi s'expliquerait le caractère subsidiaire de l'obligation de l'emprunteur (3). Il s'agit bien d'un prêt remboursable par un tiers.

Si la banque prête à terme à son client, il semblerait que la faillite de ce dernier l'autorise à lui demander immédiatement le remboursement du prêt, par suite de la déchéance du terme (art. 475 nouveau, 444 ancien) et à contrepasser immédiatement en cas d'escompte en compte courant, contrairement aux arrêts du 19 mars 1930. L'analyse de la remise du titre en une dation *pro solvendo* éviterait cet écueil. En effet, jusqu'au non-paiement de l'effet à son échéance, l'exercice de la créance du prêt se trouve affecté d'une condition suspensive. Or, l'article 475 ne vise que les créances à terme et non pas

(1) Lescot et Roblot, n° 78 et suiv. Cf. art. 62 du D.L. du 30 octobre 1935, sur le chèque.

(2) Garrigues, p. 264. Cf. Angeloni, p. 207.

(3) Garrigues, p. 263 ; Cf. Lescot et Roblot, t. I, n° 83, p. 104 ; Donadio, *Lo sconto*, n° 7, p. 19.

les créances sous condition. Ainsi se justifierait la solution, sinon la motivation des arrêts du 19 mars 1930 (1).

Appréciation critique :

43. — Cette analyse de la remise du titre en une « *datio pro solvendo* » accolée à un prêt explique bien le mécanisme de l'escompte. Cependant, dans certaines hypothèses, elle présente des dangers pour le banquier escompteur.

Si la remise du titre équivalait à un paiement en effet de commerce d'une dette non échue, et si l'escompte est réalisé durant la période suspecte précédant la faillite du remettant, le syndic de la faillite ne pourrait-il pas demander l'annulation de ce paiement anticipé en application de l'article 477 (446 ancien) ?

MM. Escarra et Rault (2) écartent cependant l'application de cet article. Un tel paiement anticipé est fort différent du paiement des dettes non échues. Dans l'escompte, la remise du titre est antérieure ou concomitante à la naissance de la dette à terme. Il existe un lien étroit et direct entre les deux, elles sont la contrepartie l'une de l'autre, ce qui ne se retrouve pas dans l'hypothèse normale du paiement des dettes non échues. Mais le seul fait que la discussion puisse s'élever compromet la sécurité de ce moyen de crédit.

On peut même se demander si un tel paiement anticipé, concomitant à la naissance de la dette, ne constitue pas une sorte de garantie en propriété, contrevenant à la prohibition du pacte commissaire et dont la validité peut être mise en doute. A vrai dire, il ne s'agit point là d'objections dirimantes.

44. — Pour les théories précédemment examinées, les vices présentés par l'analyse de la remise du titre suffisaient à écarter la construction proposée, sans avoir à l'apprécier dans ce qu'elle avait d'essentiel : l'assimilation de l'escompte à un prêt.

Au contraire, l'analyse de la remise du titre en une *datio pro solvendo* peut être retenue : sa validité ne peut sérieusement être mise en doute, elle explique le mécanisme de l'escompte.

Mais, dès lors, il faut élargir le débat et cesser de considérer uniquement la remise du titre. Il faut envisager la construction dans son ensemble : l'escompte peut-il être un prêt effectué en contrepartie de la *datio pro solvendo* d'un effet de commerce ?

(1) Cf. Chéron, note sous requête, 19 mars 1928, D. 1928, I, 67.

(2) T. VI, p. 560, n° 740 et la note 2.

Section II. — La remise des fonds par le banquier : son caractère de prêt

45. — Si les auteurs précédemment cités analysent différemment la remise du titre au banquier escompteur, ils analysent tous la remise des fonds au client en un prêt : c'est le point commun et essentiel de leurs théories. Diverses raisons conduisent ces auteurs à proposer cette construction de l'escompte.

Certains ont voulu harmoniser la nature économique de l'escompte — opération de crédit — et sa nature juridique (1).

D'autres sont poussés par des motifs plus précis. Pour beaucoup (2), il s'agit de justifier pour le banquier la possibilité de demander à son client le montant du titre escompté et impayé, et non pas seulement la somme escomptée. Selon ces auteurs, la théorie analysant l'escompte en une cession de créance ne tient pas compte de cette possibilité. L'article 1694 du Code civil ne dispose-t-il pas que le cédant d'une créance, lorsqu'il garantit le paiement, ne peut être recherché par le cessionnaire que jusqu'à concurrence du prix de cession ? Or, les effets escomptés et impayés « sont pourtant remboursés à l'escompteur dans leur montant intégral ». Tout s'éclaire au contraire si l'escompte est un prêt : la somme prêtée est égale au montant de l'effet, les intérêts étant seulement précomptés.

Mais il faut alors expliquer que ce prêt soit remboursable normalement par un tiers autre que l'emprunteur, et de préciser le rôle juridique du titre remis au banquier. C'est ici que les théories divergent. Seule l'analyse de la remise du titre en une *datio pro solvendo* fournit une explication acceptable et conforme à la nature des titres de crédit.

M. Trasbot (3) a mis en avant cette analyse de l'escompte en un prêt pour justifier la contrepassation des effets non échus au jour de la faillite du remettant. La jurisprudence a condamné cette prétention des banquiers. Là encore, l'analyse de la remise du titre en une *datio pro solvendo* permet de concilier cette jurisprudence et la théorie du prêt.

46. — Mais, à l'envisager dans son ensemble, peut-on vraiment retenir cette analyse de l'escompte en un prêt effectué en contrepartie de son règlement immédiat en effet de commerce ?

Une telle construction n'est pas sans avantage pour les banquiers. Dans la majorité des cas, elle confère au banquier

(1) Garrigues, *op. cit.*, p. 263, b.

(2) Notamment Terrel et Lejeune, *op. cit.*, p. 36.

(3) Trasbot, *Ann. Dr. Com.*, p. 285 et suivantes.

deux actions pour obtenir le remboursement de son prêt (1) : l'action cambiaire née de l'endossement de l'effet de commerce, et l'action du prêt elle-même, non éteinte par la *datio pro solvendo* du titre. La possibilité de cette seconde action revêt un intérêt tout particulier dans le cas d'un escompte d'un titre au porteur et dans le cas de disparition de l'action cambiaire due à la prescription ou la négligence du porteur.

Mais cet avantage, dont il ne faut pas exagérer la portée, est compensé par de graves inconvénients. Si l'escompte est un prêt, l'agio d'escompte est un véritable intérêt ; dès lors, les obstacles surgissent. La survenance de la faillite suspend le cours des intérêts. L'escompteur, il est vrai, les perçoit à l'avance par leur déduction du montant du prêt. Il peut échapper à l'article 476 du Code de Commerce (2). Mais, dès lors, cette retenue tombe sous le coup de l'article 477 (446 ancien) puisqu'il s'agit manifestement du paiement d'une dette non échue.

Une critique plus profonde s'impose. Cette construction est davantage une description ingénieuse qu'une explication juridique. La remise des fonds et la remise du titre s'effectuent en contrepartie l'une de l'autre, sont la cause réciproque l'une de l'autre. La doctrine et la jurisprudence (3) sont unanimes à le reconnaître. Dès lors, n'est-il pas artificiel d'analyser ce contrat en un prêt effectué en contrepartie de son règlement immédiat en effet de commerce ? N'est-ce point déformer la volonté des parties et altérer la nature juridique du contrat de prêt ? Le contrat de prêt, contrat unilatéral, est réfractaire à l'idée d'une telle contrepartie. Il y a entre le prêt et son paiement, serait-il en effet de commerce, une succession nécessaire dans le temps, à l'exclusion de toute idée de simultanéité. L'obligation de l'emprunteur doit prendre naissance avant d'être payé. Or, dans l'escompte, l'apparition de l'obligation

(1) Voir *infra*, nos 279 et suiv., et sur la question : Alessi, note à la revue italienne *Banca Borsa e titoli di credito*, 1935, II, 1, la notion juridique de l'escompte. Le législateur italien a consacré, dans l'art. 1859, la possibilité d'exercer une action de droit commun à l'encontre du remettant. C'est pour justifier cette solution que de nombreux auteurs italiens adoptent la théorie du prêt avec *datio pro solvendo* du titre. Voir Minervini, nos 11 et suivants.

(2) Voir Houin et Derrida, *Enc. D. D^e Com.*, V^e, faillite, « Règlement judiciaire », n° 1538.

(3) En doctrine, toutes les définitions de l'escompte mettent en lumière l'idée de contrepartie. Voir notamment : Ardant, p. 120 ; P. Cauboue, *Monnaie, Crédit, Banque*, p. 91, n° 47 ; H. Cabrillac, J.-Cl. Banque, fasc. 37, n° 1 ; Henri Germain-Martin, *Enc. D. D^e Com.*, V^e Escompte, n° 1 ; Ph. Neel, thèse, Paris, 1956, *Les droits du banquier qui a contrepassé ses effets de commerce reçus en compte courant*, insiste sur cette idée, n° 95. En jurisprudence, voir par exemple Cass., 14 octobre 1940, DC. 1943, 70, note A. Chéron. « Traités remises... contre inscription d'articles de crédit de même importance. »

du remettant ne précède pas ce transfert du titre au banquier. Tout au contraire, dans la pratique, le transfert du titre précède toujours la remise des fonds. Le paiement précéderait la naissance de la dette (1). Il y a contradiction à dire que la remise du titre est à la fois la cause du prêt et son paiement.

Le client de la banque n'a pas, d'ailleurs, l'impression de jouer le rôle de l'emprunteur, car il fournit à la banque une valeur en contrepartie de ce qu'il reçoit (2). La banque l'avertit d'ailleurs qu'elle crédite du « produit net » de sa remise. Il y a échange de deux valeurs égales, l'une consistant en monnaie, l'autre en un effet de commerce, l'une en contrepartie de l'autre. C'est là une structure étrangère au contrat de prêt.

(1) Minervini, *Lo sconto bancario*, p. 55, n° 18, critique vivement ces analyses de l'escompte en un prêt.

(2) Cet état d'esprit du remettant est particulièrement net en cas d'escompte de chèques, par hypothèse pourvu de provision. Sur ce point, voir la note de H. Capitant, sous Crim. 19 juillet 1929 et 22 novembre 1932, D. 1933, I, 26. « ... La maison de jeu qui escompte un chèque régulièrement émis, c'est-à-dire avec provision, ne fait donc pas de prêt. »

CHAPITRE III

L'ESCOMPTE IDENTIFIÉ A UN ACHAT AU COMPTANT (1)

47. — La remise de numéraire en contrepartie d'une valeur correspondante est de l'essence de la vente. Aussi, l'escompte a-t-il été analysé en une opération de vente ou d'achat au comptant. Cependant, tous les auteurs partisans de cette analyse ne définissent pas de la même manière l'objet vendu : pour les uns, ce serait la créance qui a donné lieu au tirage de l'effet (l'escompte serait une cession de créance) ; pour les autres, le titre lui-même (l'escompte serait un achat de titre).

Section I. — L'escompte est une cession de créance (2)

Exposé :

48. — A vrai dire, assimiler l'escompte à une cession de créance n'est point déterminer la nature juridique de ce contrat. Une créance peut être cédée à des titres fort divers. Aussi, pour traduire plus exactement la pensée des partisans de cette théorie, vaut-il mieux dire que l'escompte est un achat au comptant de la créance à terme, et parfois future, que constate un effet de commerce.

(1) Juridiquement, il faudrait parler de vente et non d'achat au comptant, mais cette dernière dénomination est la seule employée en la matière. Voir Ripert et Boulanger, t. II, n° 2308.

(2) Hamel, t. II, nos 1038 et suiv. ; X. Marin, *Banque*, 1957, p. 229, sous Cass. 4 janvier 1957 ; Piron et Byé, *Traité d'Economie politique*, t. II, p. 69 ; Piret, *Le Compte Courant*, n° 183, p. 235 ; Boyer-Fraisse, *La Banque de France et ses principales opérations*, thèse, Paris, 1903, p. 33 et suiv. ; Whall, *Traité de Droit commercial*, n° 1931 et note au S. 1896, I, 196 ; Ruben de Couderc, t. III, V° Escompte ; Molinier, *Traité de Droit commercial*, nos 67 et 98 ; Pardessus, n° 1471 ; Troplong, t. XIV. En Belgique, Henrion et Simonet, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, 1960, n° 67, p. 103, et n° 70, p. 108.

En contrepartie de la somme remise à son client ou portée à son crédit, le banquier acquiert la créance dont celui-ci dispose à l'encontre d'un tiers, tiré ou souscripteur de l'effet. Le prix d'achat est inférieur au montant nominal de la créance en raison du temps à courir avant son échéance, et des difficultés éventuelles de son recouvrement. Cette créance étant incorporée dans un effet de commerce, sa cession est dispensée de toutes les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil sur la cession de créance. Le banquier dispose en outre de tous les droits attachés à la forme cambiaire du titre : inopposabilité des exceptions, et surtout possibilité de réclamer au cédant le montant nominal de l'effet impayé à son échéance, majoré des frais de retour (1). On ne saurait en effet reprocher à cette théorie de ne pas tenir compte de l'article 1694 du Code civil, aux termes duquel le cédant d'une créance « ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de sa créance » (2), c'est-à-dire en l'espèce, la somme escomptée et non pas le montant nominal de l'effet, comme il est de règle en pratique. Ce serait oublier qu'ici le mode de cession, l'endossement, produit des effets spéciaux et rend notamment applicables les articles 147 et 152 du Code de Commerce.

Appréciation critique :

49. — Sans rechercher pour l'instant si l'escompte peut être assimilé à un achat, il faut repousser cette analyse car elle enferme l'escompte dans un cadre trop étroit et repose sur une conception périmée des titres de crédit.

Si l'escompte est une cession de créance, il est nécessaire, pour qu'il y ait escompte, qu'une créance soit cédée au banquier. Or, il arrive souvent qu'au moment de l'escompte l'effet ne corresponde à aucune provision : le contrat d'escompte ne peut se former faute d'objet. Certes, il est facile de répondre que l'escompte est la vente d'une créance future, mais il est des cas où la provision n'est jamais faite par le tireur ; il en est ainsi pour les effets de cautionnement. Or, ces effets ont tout de même une valeur : ils portent des signatures de personnes solvables dont l'engagement est sérieux. Le tireur ne mobilise pas sa créance, mais le crédit dont il jouit auprès des tiers signataires. Ces effets ne pourraient-ils être escomptés ? Logiquement, non : « à défaut de créance cédée, il n'y

(1) Hamel, précité.

(2) Voir pour cette critique, Escarra et Rault, t. VI, n° 608, et Terrél et Lejeune, p. 80.

a pas d'escompte » (1). On aboutit ainsi à une distinction arbitraire et combien difficile à établir en pratique entre effets de commerce sérieux et valables et qui, une fois acceptés, confèrent des droits identiques au porteur : les uns sont exclus du domaine de l'escompte, les autres non. Une telle distinction va à l'encontre de la doctrine moderne qui voit dans la provision une simple garantie supplémentaire au profit du porteur.

En vérité, cette analyse de l'escompte en une cession de créance n'est pas en harmonie avec la conception actuelle des titres de crédit (2). L'effet de commerce est beaucoup plus que l'instrument probatoire d'une créance actuelle ou future. Il produit par lui-même certains effets de droit qui lui confèrent une valeur propre, indépendante de celle des rapports juridiques qui ont présidé à sa création : celui qui appose sa signature sur le titre est, par là-même, obligé à son paiement. C'est cette valeur, cette monnaie de commerce qu'acquiert le banquier en échange du numéraire, et non pas la créance de la provision qui ne constitue qu'une garantie supplémentaire, mais non indispensable, de paiement.

Aussi, la doctrine moderne (3) définit-elle l'escompte comme un achat de titre.

(1) Hamel, t. II, n° 1040. Si le banquier les escompte en ignorant leur caractère d'effets de cautionnement, ou si la provision n'est pas faite, le contrat d'escompte est nul ou le banquier se trouve avoir accompli un prêt sans le vouloir. « Il est cependant inadmissible, écrit M. Hamel, qu'une personne accomplisse à son insu un acte juridique autre que celui qu'elle entendait réaliser. » Aussi, pour trouver un remède à cette situation, cet éminent juriste propose-t-il de distinguer suivant que le banquier est de bonne foi ou non. « La bonne foi du banquier escompteur, sa croyance raisonnable en l'existence de la créance cédée, suppléent au défaut de créance et donne à l'opération les caractères de l'escompte. » Il nous semble impossible d'attribuer à la bonne foi du banquier un rôle si important : la croyance d'un contractant à l'existence de l'objet du contrat est impuissante à suppléer son absence. La bonne foi du porteur justifie l'inopposabilité des exceptions, mais elle ne peut donner naissance à une provision inexistante.

(2) Il est impossible de reprendre ici ce débat clos depuis longtemps. Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 100, p. 121 ; Larguier, *La notion du titre en droit privé*, p. 167 et suivantes.

(3) M. Hamel est un des premiers à le reconnaître. Présentant l'ouvrage de M. Garrigues, *Los contratos bancarios*, il écrit : « ... Dans la doctrine française, nous sommes plutôt enclins à considérer l'escompte comme un achat d'effets de commerce. » J. Savatier, note au D. 1955, 133 ; F. Goré, D. 1955, 365 ; Ferrouillère et de Chillaz, n° 266, p. 241 ; L. Baudin, *Traité d'Economie politique*, t. II, p. 86. *Pour la doctrine étrangère* : Italie : Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949, n° 22 et suivants, 28 et suivants ; Ascarelli, *Nuovo digesto italiano*, V° Cambiale ; Mossa, *La cambiale secondo la nuova legge*, Milan, 1935, I, p. 224 et suivantes. Allemagne : Julius Von Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtrecht*, Berlin, 1949, p. 134. Angleterre : Barnett, *Palgrave's dictionary of political economy*, V° Discount, Kendres, 1925, I p. 589.

Section II. — L'escompte est un achat de titre.

Exposé :

50. — Si le banquier ne se désintéresse pas de la créance ou de l'opération qui est à l'origine de la création du titre, il s'attache surtout aux signatures qui y sont apposées et lui confèrent sa valeur commerciale. Peu importe, dans cette conception, que le titre ne recouvre aucune créance réelle du tireur sur le tiré, mais seulement un simple cautionnement. Si les signatures correspondent à la volonté de payer à l'échéance, l'effet a une valeur en lui-même et est valablement « acheté », c'est-à-dire escompté. Et même si le banquier escompte de bonne foi un effet de pure complaisance, il y aura tout de même escompte, car à son égard les tiers sont tenus selon le droit du change, et l'effet n'est pas dépourvu de toute valeur juridique (1).

Cette analyse de l'escompte explique assez bien le fonctionnement pratique de l'opération. Propriétaire de l'effet acheté, le banquier peut en disposer à sa guise et le réescompter. Porteur d'un effet de commerce, le banquier doit s'adresser d'abord au tiré et au souscripteur ; ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur principal qu'il pourra se retourner contre son client et lui demander le paiement de l'effet. Mais, il faut bien le préciser, cette obligation subsidiaire du client ne résulte pas du contrat d'escompte mais du titre. Le banquier a acheté un titre couvert de signatures au nombre desquelles figurait celle de son client endosseur. En recourant contre son client, il exerce un droit attaché à l'objet acheté et non pas à un droit né du contrat d'escompte même. Si le titre escompté est un titre au porteur, le banquier n'a aucun recours contre le cédant.

Appréciation critique :

51. — Sur ce dernier point, la théorie de l'achat de titre présente une infériorité certaine par rapport à la théorie du prêt. Selon cette dernière théorie, le banquier reste créancier de son client pour le montant du prêt. En cas de non-paiement du titre escompté, il dispose de deux actions, l'action cambiaire et l'action de droit commun, le remboursement du prêt. Ici, au contraire, le client est libéré en tant que vendeur, dès la remise du titre. A l'échéance, le banquier ne dispose à son égard que du recours cambiaire. Si celui-ci, pour une cause quelconque, ne peut être exercé, le banquier ne dispose d'aucun recours à son encontre.

(1) Cette théorie a l'avantage d'attribuer son rôle exact à la bonne foi du banquier escompteur, porteur de l'effet. *Supra*, n° 49, note 3 page précédente.

En vérité, cette observation ressort d'une critique plus générale : l'analyse de l'escompte en un achat de titre méconnaît son caractère d'opération de crédit et déforme la volonté des parties contractantes. Comme le dit fort bien M. H. Cabrillac (1) : « Le banquier ne veut pas réaliser une opération spéculative au sens juridique de ce terme : acheter bon marché pour revendre ou toucher plus cher. Il entend, au contraire, faire un placement à court terme de ses fonds également disponibles à court terme et il ne veut pas leur faire courir les risques d'une véritable opération d'achat. » Dans l'affirmation de MM. Percerou et Desserteaux (2) « le banquier entend rester principalement créancier », il y a une grande part de vérité. Tout achat a un caractère définitif : le vendeur est libéré par la remise de l'objet vendu, il est seulement tenu à la garantie d'éviction et à la garantie des vices cachés, mais le risque d'insolvabilité du débiteur n'est pas un vice caché ; c'est un risque inhérent à tout achat de créance ou de titre représentatif d'une créance de somme d'argent. Or, le banquier escompteur n'accepte pas ce risque, il entend que son client reste tenu envers lui et lui garantisse la bonne fin de l'opération. Cette obligation de garantie est la plupart du temps masquée par l'obligation cambiaire, mais elle n'en existe pas moins : la présence de la clause « sauf bonne fin » en est la meilleure preuve (3). Elle a été consacrée par le législateur italien de 1942 et la Commission de réforme du Code de Commerce. Certes, il est possible de tourner la difficulté en affirmant que l'escompte est une opération d'achat de titre dont le vendeur garantit le paiement (4), mais dès lors l'esprit de spéculation propre à tout achat commercial est absent de l'opération. L'explication est artificielle, elle altère l'économie du contrat d'achat et n'est point satisfaisante.

Avant de conclure et de prendre parti, on ne peut passer sous silence certaines constructions très originales proposées par la doctrine italienne.

(1) J. Clas, *Banque fasc.*, 35, n° 15. Dans le même sens : Henrion et Simonet, n° 67, p. 103.

(2) Tome II, n° 850.

(3) H. Cabrillac précité.

(4) Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949.

CHAPITRE IV

THÉORIES ANALYSANT L'ESCOMPTE EN UNE OPÉRATION SUI GENERIS

52. — Une partie de la doctrine (1), et parfois même la jurisprudence (2), ont vu dans l'escompte une opération « sui generis ». Cette qualification a trop souvent l'amertume de la défaite et masque un renoncement à toute explication juridique. Cependant, certains auteurs sont arrivés à cette conclusion après un effort d'explication constructive.

La doctrine italienne fournit des exemples de ces constructions originales(3) ; si elles ont été élaborées pour expliquer le fonctionnement de l'escompte prévu et réglementé par le législateur italien de 1942, cette réglementation est voisine de la pratique bancaire française, et il convient de rechercher si ces constructions théoriques proposées en Italie ne peuvent s'appliquer à notre institution.

Deux auteurs ont fait preuve d'une grande ingéniosité. Pour M. Donadio, l'escompte serait tantôt un prêt, tantôt une « compravendita ». Au contraire, pour M. Messineo, l'escompte ne serait ni un prêt, ni un achat, mais la prise en charge par le banquier de la dette d'un tiers, « anzunzione di debito altrui ».

Section I. — Théorie de M. Donadio (4)

Exposé :

53. — M. Donadio a proposé une curieuse construction de l'escompte, lequel, après une période d'incertitude, devient soit un prêt, soit un achat de titre.

(1) Lacour et Bouteron, t. II, n° 1429 ; Thaller et Percerou, t. II, n° 1624.

(2) Cass. Crim. 16 août 1877, D. 79, I, 238. Dijon, 13 mai 1949, *Banque*, 1949, p. 626, X. Marin.

(3) Voir notamment l'ouvrage de M. Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949. Le fait que le législateur italien ait réglementé l'escompte a multiplié les études sur ce contrat.

(4) *Lo sconto*, Milan, 1948, n° 12, p. 26.

L'escompte résulte de la fusion de deux éléments, ressortissant chacun d'un contrat différent : la remise de la somme (élément spécifique du prêt), et l'acquisition d'un titre (élément de l'essence de la vente) (1). Ces deux prestations sont fortement liées, car elles s'effectuent l'une en contrepartie de l'autre, pour une somme d'un même montant.

Cependant, à l'origine de l'opération, il n'y a pas correspondance entre la qualification juridique de ces deux éléments. La remise de la somme peut réaliser un prêt, mais elle peut également constituer le paiement d'un prix et devenir ainsi complémentaire de l'acquisition du titre. Mais, précisément, lors de la formation de l'opération, le caractère de prêt exclut le caractère éventuel de prix (2). En sorte que l'escompte est un complexe d'éléments de caractère juridique différents : un prêt et une acquisition de créance. Sa nature est hybride ; il y a en lui, en germe, deux contrats de nature opposée, il a la possibilité de devenir ou bien un prêt, ou bien un achat de titre. Mais, jusqu'au dénouement de l'opération, on ne sait lequel de ces deux contrats va l'emporter sur l'autre, se perfectionner au détriment de l'autre, pour donner à l'escompte son étiquette définitive de prêt ou d'achat.

C'est l'échéance de l'effet et le sort qu'il subira qui léveront cette incertitude par le jeu d'une double condition : le paiement et le non-paiement de l'effet escompté conditionnant à la fois et inversement ces deux prestations.

— Le paiement joue le rôle d'une condition suspensive de l'acquisition définitive de l'effet, et d'une condition résolutoire du prêt. Sa survenance rend parfaite l'acquisition du titre et résout le prêt. Dans cette hypothèse, l'escompte est un achat de titre, la remise des fonds joue alors le rôle de paiement de prix, et ceux-ci ne doivent pas être restitués (3).

— Le non-paiement joue le rôle d'une condition suspensive du prêt et résolutoire de l'acquisition du titre. Sa survenance confirme le prêt et résout l'acquisition du titre. Dans

(1) *Op. cit.*, « La corresponsione di una somma - elemento proprio del contratto di mutuo - e l'acquisto di un credito - elemento proprio del contratto di compravendita - avvengono - ed è questa l'originalità, l'autonomia del nuovo contratto, che risulta dalla fusione intima fra i due elementi - l'una contro l'altro, la corresponsione di una somma contro l'acquisto di un credito, per una somma di importo pari, e condizionatamente l'una e l'altro alla esazione o meno del credito. »

(2) « All'inizio dello sconto, la corresponsione della somma a titolo di prestito elimina la corresponsione di pari somma a titolo di acquisto del credito. »

(3) *Op. cit.*, n° 12, p. 27 : « Alla fine, o la esazione del credito si compie e perfeziona l'acquisto del credito risolvendo il prestito (è condizione sospensiva del primo rapporto, risolutiva del secondo) ; la somma anticipata per il prestito vale, risolvendosi questo e perfezionandosi l'acquisto del credito, per tale acquisto e non deve quindi essere più restituita. »

cette éventualité, l'escompte est un contrat de prêt, la remise du titre sert de garantie pour la restitution de la somme avancée (1).

Appréciation critique :

54. — Cette théorie est une description ingénieuse et personnelle de l'opération d'escompte, plutôt qu'une véritable explication juridique. Malgré sa complexité et sa souplesse apparente, elle ne peut rendre compte du fonctionnement pratique de l'escompte.

Jusqu'à son dénouement, l'opération a une nature hybride. Cette incertitude ne permet pas de résoudre les questions qui se posent : suivant que l'interprète se réfère à l'élément acquisition du titre ou à l'élément prêt, une solution différente s'impose, et il ne peut choisir sans arbitraire. Par exemple, si la faillite du remettant survient durant cette période d'incertitude, on ne peut prendre partie sur le problème de la contrepassement des effets non échus. L'élément prêt dicte une solution affirmative, l'élément acquisition une solution négative.

L'escompte serait une sorte de jeu pour le banquier qui, jusqu'à l'échéance, ne sait pas s'il réalise un prêt ou une vente et quel sera le régime juridique appliqué à l'opération.

Sa complexité même impose le rejet de cette théorie. Il est difficile de déterminer l'intention des parties à l'opération d'escompte, mais, sans crainte d'erreur, on peut avancer qu'elle n'est pas celle que leur prête M. Donadio : la réunion des éléments du prêt et de la vente, doublement et inversement conditionnés par le paiement et le non-paiement de l'effet escompté ! L'escompte est né de la pratique, les parties n'ont certainement pas voulu subordonner leur contrat au jeu de pareilles conditions.

Section II. — Théorie de M. Messineo (2)

Exposé :

55. — Pour M. Messineo, l'escompte n'est pas un prêt ou un achat, mais la prise en charge de la dette d'un tiers (tiré, sous-

(1) « O alla fine la esazione del credito non si compie e tale mancata esazione risolve l'acquisto del credito e perfeziona il prestito (è condizione risolutiva del primo rapporto, sospensiva del secondo) : la somma anticipata per il prestito vale, perfezionandosi questo e risolvendosi l'acquisto del credito, unicamente per il prestito e deve quindi essere restituita. »

(2) « La natura giuridica del contratto di sconto, dopo la riforma del codice civile », article à la revue *Banca Borsa e titoli di crediti*, 1943, I, p. 35, et *Manuel de Droit commercial*, 1947, t. III, n° 159, p. 201. Cette théorie est brièvement exposée dans les ouvrages de M. Donadio, *Lo sconto*, Milan, 1948, n° 11, p. 24, et de M. Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949, n° 20, p. 63.

cripteur, débiteur de la créance escomptée) par le banquier qui en paie le montant au créancier actuel de ce tiers, déduction faite de l'intérêt proportionnel au temps à courir avant l'échéance.

Ce paiement de la dette du tiers par le banquier s'accompagne, au profit de ce dernier, du transfert de la créance ainsi acquittée (1).

Ce transfert constitue une cession ou une dation « pro solvendo » qui aurait un double but : permettre au banquier de se retourner contre le tiers pour le compte duquel il a payé, et par suite d'éteindre la dette nouvelle née entre le banquier et son client par le fait de la remise de fonds (2). En cas de non-paiement de la créance ou du titre escompté à l'échéance, le client serait obligé de restituer au banquier la somme versée, mais il s'agit là, non pas de l'obligation de rembourser un prêt, mais de l'obligation qui naît de tout acte de paiement induement reçu (3).

Appréciation critique :

56. — Cette construction originale de l'escompte a été fortement critiquée par la doctrine italienne (4). Elle nous paraît également inacceptable.

a) *Elle est contraire à la logique juridique.* Si le banquier paie la créance que le client possède contre un tiers, cette créance est éteinte et ne peut plus être transmise au banquier. Celui-ci serait réduit à exercer contre le tiers une action de gestion d'affaires, et il en va de même en matière de titre de crédit (5).

(1) Sans que l'autorité de M. Messineo soit invoquée, une théorie identique a été présentée devant la Cour de Paris, à propos de difficultés qu'opposaient un tireur et son banquier ayant réalisé un escompte fournisseur. Le tireur (fournisseur remettant à l'escompte) soutenait que la banque, en lui versant le montant nominal de la lettre de change, avait entendu payer au lieu et place du tiré (client de la banque) avec tous les risques de non-paiement à l'échéance. Paris, 20 février 1952, *Revue Banque*, 1952, p. 374, avec la note de M. X. Marin.

(2) M. Donadio, résumant la doctrine de M. Messineo, écrit (*op. cit.*, p. 25, note 26) : « In proposito il Messineo ritiene che la cessione del credito verso un terzo, dallo scontatario allo scontatore, ha luogo per consentire allo scontatore, che adempie verso lo scontatario il debito del terzo, il mezzo per rifarsi verso costui, ma ha luogo altresì quale mezzo di pagamento (pro solvendo) del nuovo debito che lo scontatario contrae verso lo scontatore per effetto dello sconto. »

(3) Messineo, *op. cit.*, p. 29 : « L'obbligo della restituzione della somma versata dallo scontatore si configura come un ipotesti di indebitum ex re (cf. art. 2033, in contrapposto all'art. 2036), come un dovere che masce da ogni atto di pagamento, indebitamente ricevuto. »

(4) Voir les ouvrages de MM. Minervini et Donadio.

(5) Minervini, *op. cit.*, n° 21, p. 66.

Cette extinction de la créance ou du titre escompté est incompatible avec la pratique de l'escompte.

Il est peut-être possible de pallier cette objection en disant qu'il s'agit d'un paiement avec subrogation, ou, pour les lettres de change ou le billet à ordre, d'un paiement par intervention avant l'échéance.

Le banquier conserverait la possibilité de se retourner contre le tiers en vertu de la créance primitive ou de l'effet (art. 172, Code de Commerce français : « Le payeur par intervention acquiert tous les droits résultant de la lettre de change »).

Mais, dès lors, on ne comprend pas comment le banquier a le droit de se retourner contre le remettant en cas de non-paiement de la créance ou de l'effet à l'échéance. Le paiement que ce dernier a reçu n'a rien d'indu, c'est la réalisation de son droit de créance. Rien, dans la technique de la subrogation ou du paiement par intervention, n'autorise un tel recours. Comment peut-on parler « d'une nouvelle dette qui se constitue dans les rapports entre remettant et escompteur » (1).

b) *Une telle construction est au surplus contraire à la volonté des parties.* Il nous semble certain que le banquier n'entend pas acquitter la dette d'un tiers, mais réaliser avec son client une opération de crédit basée sur l'acquisition d'un titre donnant des droits contre un tiers. Si l'on dit souvent dans la pratique, et également en doctrine, que le banquier escompteur paie le titre, on entend par paiement le paiement de la valeur actuelle du titre, de son prix, et non pas l'exécution de l'obligation du tiré ou du souscripteur (2).

(1) Minervini, *op. cit.*, n° 21, p. 64 et suivantes.

(2) Sur cette distinction évidente entre le paiement de la traite et le paiement du prix de la traite, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 588 ; Lyon, Caen et Renault, t. IV, n° 295 ; Paris, 25 novembre 1886, D. 1887, II, p. 110.

CHAPITRE V

CONCLUSION : CONSTRUCTION PROPOSÉE

I. - LES SOLUTIONS DANS LA PRATIQUE

57. — La diversité des solutions doctrinales atteste la difficulté du problème de la nature juridique du contrat d'escompte. Celui-ci évoque ces figures de la géométrie dans l'espace que l'on voit tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, suivant que tel ou tel élément vient au premier plan. Aussi ne faut-il pas s'étonner que sa nature juridique ait fait l'objet d'appréciations divergentes, parfois contradictoires.

Au temps où le problème présentait de l'intérêt au point de vue fiscal, l'administration de l'enregistrement considérait l'escompte comme une vente pure et simple et décidait que les agios perçus par le banquier n'étaient pas soumis à l'impôt particulier frappant le revenu des créances (1).

En jurisprudence, la *Chambre civile* a parfois considéré l'escompte comme une cession de créance : dans un arrêt du 29 octobre 1894, elle s'exprime ainsi, à propos de l'escompte de warrant : « ... attendu qu'il n'en est pas de ce premier endossement de warrant comme des endossements ultérieurs, que ceux-ci constituent la cession d'une créance future et sont de simples opérations d'escompte » (2).

A une époque plus récente, elle semble accepter l'escompte des effets de cautionnement et voir dans l'escompte un achat de titre (3). Mais cet achat n'a rien d'une opération de spéculation et « un prix trop bas est exclusif de l'idée

(1) Sur cet intérêt fiscal, et les solutions de l'administration de l'enregistrement, voir Hamel, t. II, n° 1037, p. 745, et 1039, p. 749.

(2) S. 1896, I, 195, note Whall ; Dijon, 12 décembre 1894, D. P. 1897, II, 203.

(3) Req. 28 novembre 1944, G. P. 1945, I, 19, D. 1945, Som. 2 ; Paris, 5 avril 1940, D. H. 1940, 136.

d'escompte » (1). Quoiqu'il en soit, le banquier escompteur acquiert la propriété du titre (2).

En accord avec la position de la Chambre civile, la Chambre criminelle décidait, sous l'empire de la loi de 1907, que la limitation du taux d'intérêt n'était pas applicable à l'escompte. Celui-ci étant une cession de créance, les parties pouvaient en débattre librement le prix (3). La *Chambre criminelle* a parfois déclaré que l'escompte était une opération sui generis (4), mais, du point de vue de l'application de la législation sur l'usure, la solution demeure identique.

A l'heure actuelle, la Chambre civile et la Chambre criminelle sont en désaccord.

La Chambre criminelle, par un arrêt du 18 octobre 1946 (5), a rompu avec sa jurisprudence antérieure en matière d'usure. Elle voit dans l'escompte un prêt soumis au décret du 8 avril 1935 sur la répression de l'usure : « Attendu que chaque remise à l'escompte d'un bordereau d'effet constitue une opération de prêt distincte... »

Au contraire, par un arrêt du 2 novembre 1953 (6), la Chambre civile a maintenu la solution traditionnelle. Le banquier escompteur acquiert la propriété du titre escompté et conserve le bénéfice du change. Cette solution se rallie à la théorie de l'achat de titre.

L'analyse de l'escompte, en un prêt accompagné de son règlement immédiat en effet de commerce, concilierait ces deux solutions contradictoires :

— Recevant l'effet en paiement, le banquier en acquiert la propriété ; il peut même conserver le bénéfice du change, comme tout créancier payé en effet de commerce.

— Mais, effectuant un prêt, il doit respecter les limites qui lui sont imposées par le décret du 8 août 1935.

Cependant, nous avons vu que cette analyse ne pouvait être retenue ; elle met bien en valeur le caractère d'opération de crédit, mais ne correspond pas au mécanisme du prêt et à la volonté des parties. Dans l'escompte, il y a un échange de deux valeurs en propriété, l'une en contrepartie de l'autre, ce qui est exclusif de l'idée de prêt, contrat unilatéral.

(1) Cass. Req. 8 mars 1938, G. P. 1938, I, 834.

(2) *Supra*, nos 31 et suiv.

(3) Cass. Crim., 20 janvier 1888, D. 1888, I, 329.

(4) Cass. Crim., 16 août 1877, D. 1879, I, 238.

(5) J. C. P. Ed. C. I., 1947, 34-32, G. P., 1946, II, 235, *Rev. Science criminelle*.

(6) D. 1954, 657, note J. Savatier, R. T. D. Com., 1954, p. 125. *Banque*, 1954, p. 38.

L'analyse de l'escompte en un achat de titre au comptant est celle qui traduit le mieux cette idée de remise de deux valeurs en contrepartie l'une de l'autre, mais elle laisse dans l'ombre le caractère d'opération de crédit et suppose chez le banquier une volonté de spéculer qui n'existe pas.

II. - L'ORIGINALITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE

58. — En somme, aucune des explications proposées n'est pleinement satisfaisante. Toutes se révèlent par quelque côté incapables de rendre intégralement compte de la réalité. Cet examen doctrinal, s'il s'avère négatif, n'est cependant pas sans intérêt : il met en lumière l'originalité du contrat d'escompte et l'impossibilité de l'assimiler à un type contractuel de droit civil sans déformer celui-ci. Cette constatation n'est pas pour nous surprendre : elle reflète l'autonomie du droit commercial (1). Les opérations de crédit ont été façonnées par les praticiens ; les cadres traditionnels du droit civil étaient le plus souvent trop étroits, leurs formules trop lentes et mal adaptées aux besoins du crédit. Aussi ces opérations se sont-elles généralement construites en dehors des normes classiques du droit civil et constituent-elles des opérations originales. Et si, parfois, les praticiens ont utilisé les catégories du droit civil, ils les ont déformées, jusqu'à les rendre méconnaissables, pour les adapter aux besoins de la pratique. Tout au plus peut-on découvrir dans le droit civil un « genre prochain » de l'opération envisagée. C'est ainsi que l'escompte se rapproche du contrat d'achat, mais il ne faut pas vouloir les assimiler l'un à l'autre sous peine de trahir l'intention des parties à l'opération d'escompte ou de déformer le contrat d'achat.

L'escompte nous apparaît donc comme un contrat sui generis dont il faut préciser le contenu avant d'en donner la définition.

III. - LE CONTENU DU CONTRAT D'ESCOMPTE

59. — Ce contenu est difficile à préciser car le banquier et son client utilisent le procédé technique de l'escompte sans avoir nettement conscience des mécanismes juridiques qu'ils emploient. Cependant, il est possible de dégager l'intention profonde des parties en se fondant sur les données de la pratique (notamment la clause sauf encaissement, le mode de

(1) Sur l'autonomie accentuée du droit commercial en matière d'opérations de banque, voir Henrion et Simonet, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, Bruxelles, 1960, p. 83 à 91, n° 51 à 55.

calcul de l'agio d'escompte), et en ne perdant pas de vue que l'escompte est, avant tout, une opération de crédit : le contenu et la nature juridique d'un contrat doivent en effet être conformes au but économique poursuivi par les parties.

60. — *A la base de l'opération d'escompte, nous trouvons une structure juridique analogue à celle du contrat d'achat de titre au comptant.*

Le porteur de l'effet de commerce non échu « le négocié » auprès d'un banquier afin d'obtenir immédiatement l'argent liquide dont il a besoin. Cette négociation ne réalise pas un emprunt : comme dans la vente, il y a un échange de deux valeurs, le numéraire et le titre, l'une en contrepartie de l'autre. Le banquier paie la valeur du titre qui lui est évidemment transmis en retour ; il nous paraît hors de doute que l'intention des parties soit de transférer ce titre en toute propriété : la possibilité du réescompte et la présence d'un endossement de forme translatif permettent de l'affirmer.

61. — *Mais, de cette analogie de structure entre l'achat et l'escompte, il ne faut pas conclure à une identité absolue de ces deux contrats. Il y a en effet, entre eux, une différence essentielle.*

Dans l'achat, le prix fixé peut être bien inférieur au montant nominal du titre. Au contraire, un prix trop bas est exclusif de l'idée d'escompte, nous dit la Cour de Cassation. Dans l'escompte, il y a une proportionnalité rigoureuse entre la somme versée et le montant nominal du titre. La différence correspond à l'intérêt du capital versé jusqu'à l'échéance du titre et aux frais déboursés par le banquier.

62. — *Cette différence entre ces deux opérations provient de ce que l'escompteur et l'acheteur ne poursuivent pas le même but.*

L'escompte consiste, en effet, de la part du banquier, dans une opération de crédit et nullement dans une opération spéculative sur la valeur plus ou moins grande de l'effet escompté. Dans l'escompte, nous retrouvons les deux éléments caractéristiques de toute opération de crédit : l'intervention du facteur temps, et l'acte de confiance du créancier.

a) *Le facteur temps.*

63. — A première vue, le facteur temps semble étranger à l'opération d'escompte : il y a deux prestations simultanées, alors que, dans les opérations de crédit, une des prestations est en général reportée dans l'avenir. C'est oublier que la valeur de l'une d'elles est différée dans le temps, le titre n'a de valeur qu'en fonction de son paiement à l'échéance. En remettant

de l'argent liquide contre un titre qu'il n'encaissera que plus tard, le banquier accomplit la fonction d'anticipation assumée par tout crédeur (1).

Cependant, tout achat de titre ou de créance à terme réalise en fait cette anticipation. Le vendeur perçoit immédiatement de l'argent liquide qu'il n'aurait pu recouvrer que plus tard, à l'échéance du titre ou de la créance cédée. La différence réside en ce que, dans l'achat, cette anticipation est étrangère à la volonté de l'acheteur, et résulte uniquement de la nature économique des deux prestations. Dans l'escompte, au contraire, elle est voulue par l'escompteur, elle est consciente et délibérée. Le banquier « avance » le montant du titre à son client.

Cette anticipation délibérée du montant du titre implique que l'escompteur apprécie favorablement les chances de rentrer dans son débours. Mais on rejoint ici l'aspect subjectif du crédit, c'est-à-dire l'acte de foi du crédeur.

b) *Le facteur confiance.*

64. — L'opération d'escompte se déroule dans un climat psychologique différent de celui de l'achat :

— L'acheteur spéculé, il essaie d'acheter bon marché pour toucher davantage à l'échéance. Il craint peut-être que l'effet ne soit pas payé à son terme, mais il accepte le risque en raison du bénéfice qu'il espère réaliser.

— L'escompteur, au contraire, ne spéculé pas : son client lui demande de lui payer par anticipation le montant d'un effet de commerce ; il accepte, car il augure bien du paiement de l'effet à son échéance, et pense ainsi récupérer les fonds avancés. Il fait un placement et entend retirer du capital ainsi versé sa rémunération normale, un simple intérêt (2).

Toute l'opération repose sur la confiance du banquier dans le paiement du titre (3). Il pense que l'effet lui sera payé à l'échéance, soit par le tiers débiteur du titre, soit par le cédant lui-même, en vertu des recours qu'il possède ou se réserve à son encontre, et c'est pourquoi il accepte de verser immédiatement le montant nominal du titre sous la simple

(1) M. Cauboue (*Monnaie, Crédit, Banque*, p. 66, n° 28) donne cette définition : « Le crédit est une anticipation. » Voir également Henrion et Simonet, *op. cit.*, p. 10.

(2) Cela ne veut point dire que le banquier escompteur ne court aucun risque ; ainsi que l'écrit M. Hamel : « Le crédit suppose la confiance dans l'avenir ; or, qui dit confiance, dit aussi incertitude dans le résultat. Le banquier fait confiance à son client, et, de ce fait, il court des risques » (Préface à l'ouvrage de M. Petit-Dutaillis, *Les risques du crédit bancaire*).

(3) Cf. G. Petit-Dutaillis, n° 399, p. 269 : « Escompter un effet, c'est préjuger de son paiement, c'est faire confiance à ses signataires. »

déduction d'un intérêt proportionnel au temps restant à courir avant l'échéance, et, évidemment, les frais occasionnés par cette opération.

La proportionnalité qui existe entre la somme versée et le montant nominal du titre est donc de l'essence de l'escompte. Elle est la conséquence directe de cette confiance du créateur dans le paiement du titre, confiance propre à toute opération de crédit. Si cette proportionnalité fait défaut, il n'y a plus escompte, l'élément confiance a disparu, on se trouve en face d'un achat de titre à caractère spéculatif (1).

65. — Cette confiance du banquier dans le paiement du titre a un double fondement : d'une part, il a confiance dans la valeur même du titre, d'autre part, il a confiance dans le cédant et dans sa solvabilité future. Ces deux fondements sont d'ailleurs étroitement liés, car très souvent la valeur propre du titre repose principalement sur la solvabilité du cédant.

1° La valeur propre du titre remis est un des facteurs déterminants de l'acte de foi du banquier. Celui-ci accepte d'en payer le montant nominal, contre sa remise en toute propriété : l'escompte est une opération de crédit assise sur la remise d'un titre ou d'une créance, conférant des droits contre un tiers. C'est ce qui le différencie du prêt. Dans le prêt, le banquier fait confiance à l'emprunteur ; dans l'escompte, il fait d'abord confiance à la valeur propre du titre.

Cette seule considération du titre peut suffire à déterminer le banquier à verser le montant de l'effet sous la simple déduction d'un intérêt, sans exiger du cédant la promesse de suppléer à la carence éventuelle du débiteur principal du titre. C'est l'hypothèse de l'escompte à forfait, opération très voisine de l'achat au comptant.

66. — 2° Mais presque toujours, cette confiance a sa base naturelle dans la solvabilité future du cédant et dans le recours que le banquier entend se ménager à son encontre pour profiter éventuellement de cette solvabilité. Par cet aspect, l'escompte se rapproche du prêt : le banquier fait confiance au remettant, à l'homme, tout comme le prêteur à l'emprunteur.

Le titre a bien une valeur, mais cette valeur est généralement insuffisante pour justifier la confiance du banquier. Il ne connaît pas la solvabilité du tiers débiteur principal du titre et il n'entend pas courir l'aléa du non-paiement. Il connaît au contraire celle de son client et il entend pouvoir se retourner contre lui en cas de non-paiement du titre. Cette

(1) Cass. Req. 8 mars 1933, précité : « Un prix d'achat très inférieur à la valeur nominale de la créance est exclusif de l'idée d'escompte. »

possibilité de recours contre le cédant est, sinon de l'essence, du moins de la nature de l'escompte, car elle permet de mettre en jeu sa solvabilité, fondement naturel de la confiance du banquier. C'est en fonction de cette possibilité de recours, jointe à la valeur propre du titre, que le banquier accepte de placer ainsi ses fonds.

La volonté du banquier de se ménager un recours contre le cédant trouve sa réalisation parfaite dans la garantie qui naît de l'endossement à la charge de l'endosseur, et l'on comprend aisément que l'objet par excellence de l'opération d'escompte soit l'effet de commerce. Mais ce serait, selon nous, une erreur de n'admettre au profit du banquier que le seul recours cambiaire contre le remettant endosseur : ce serait réduire sans raison juridique valable le contenu et les effets du contrat d'escompte. Tout au contraire, il faut donner à ce contrat son autonomie et le détacher des mécanismes cambiaires qui ne sont qu'un mode de réalisation de l'une des prestations. Il faut distinguer avec soin les effets de l'endossement et ceux du contrat d'escompte lui-même. Les effets de l'endossement viennent simplement se superposer aux effets voulus par les parties, en les renforçant, mais sans les effacer. C'est un principe unanimement admis aujourd'hui que le rapport cambiaire se superpose au rapport fondamental sans l'éteindre (1). Or, cette possibilité de recours contre le remettant ne résulte pas seulement de l'endossement ; elle est voulue par les parties et prévue par la clause « sauf bonne fin » ou « sauf encaissement ». Cette clause est de la nature du contrat d'escompte : elle traduit la réserve du banquier qui ne veut pas courir les risques d'une opération de spéculation et entend rejeter l'aléa du non-paiement sur le remettant (2).

Il faut donner son plein effet à la volonté des parties et reconnaître au banquier, en sus du recours cambiaire, un recours sous-jacent de droit commun à l'encontre du remettant. C'est la voie qui est tracée par le législateur italien de 1942

(1) Lescot et Roblot, t. I, n°s 78 et suivants.

(2) Cette clause nous paraît donc en parfaite harmonie avec la nature économique de l'escompte, opération de crédit. *Contra*, Hamel, t. I, n° 403, p. 628 : « Elle vient contredire directement le but poursuivi par l'opération. L'escompte en effet a pour objet de transférer au banquier escompteur la propriété définitive de l'effet escompté, avec tous les risques que comporte ce transfert de propriété, avec le risque de non-encaissement à l'échéance... » Rappelons que M. Hamel est partisan de la théorie de la cession de créance. C'est à tort, croyons-nous, que cette clause n'est sous-entendue qu'au cas d'escompte en compte courant (Req. 21 février 1870, D. P. 71, I, 100). Si, en matière d'escompte en compte courant elle exprime une volonté particulière du banquier (*infra* n° 320), elle se rapporte d'abord et avant tout au caractère d'opération de crédit de l'escompte. Il faut donc la sous-entendre dans tout contrat d'escompte.

et par la Commission de réforme du Code de Commerce, dans le projet qu'elle a adopté le 14 mars 1952.

Ainsi, en cas de non-paiement de l'effet à l'échéance, le banquier escompteur doit donc disposer, dans la généralité des cas, d'un double recours contre le cédant :

1° Un recours de droit commun conforme à la nature de l'escompte et prévu par la clause « sauf encaissement ». Ce n'est que dans les cas exceptionnels où le banquier accorde une confiance totale à la valeur du titre que ce recours fondamental n'existe pas.

2° Ce recours de droit commun se double très souvent d'un recours cambiaire au cas où le titre escompté a fait l'objet d'un endossement. Ce recours cambiaire se superpose au recours fondamental sans l'éliminer, mais, dans la mesure où il existe, le banquier préférera l'exercer en raison des avantages que lui accorde le droit cambiaire.

67. — Pour préciser encore le contenu du contrat d'escompte, il faut déterminer la base juridique de ce recours de droit commun. La clause « sauf encaissement » prévoit-elle une condition résolutoire, le défaut de paiement à l'échéance, et le recours fondamental est-il une action en répétition des sommes versées par le banquier ? Ou bien cette clause exprime-t-elle la garantie par le remettant du paiement du titre à l'échéance, et ce recours est-il la simple mise en œuvre de cette obligation ? En un mot, la clause sauf encaissement est-elle une clause résolutoire ou une clause de garantie ?

L'interprétation littérale de la clause sauf encaissement conduit à adopter la première solution. C'est l'opinion de la majorité de la doctrine (1). Mais une telle analyse ne correspond pas à la volonté réelle des parties. Si la clause « sauf encaissement » était une clause résolutoire, l'opération d'escompte serait rétroactivement effacée, et les choses devraient être remises en leur état antérieur, il en résulterait deux conséquences absolument contraires à l'intention des parties :

1° Le remettant devrait restituer au banquier la somme reçue, et non pas le montant nominal de l'effet. Or, il est évident que le banquier n'entend pas réaliser une opération blanche au cas où l'effet demeurerait impayé à son échéance. Des capitaux ont été laissés à la disposition du cédant : les intérêts et les frais sont dûs. Manifestement, le banquier a l'intention de demander à son client le paiement du titre et non pas seulement le remboursement de la somme versée.

(1) La clause « sauf encaissement » a été analysée uniquement à propos de la contrepassation, et la majorité des auteurs y voient une clause résolutoire. Voir *infra*, n°s 318, 321, 323.

A elle seule, il est vrai, cette remarque n'est pas déterminante ; on pourrait soutenir que l'effet rétroactif de la condition résolutoire est ici tenu en échec, car l'une des parties, le banquier, a accompli effectivement sa prestation, et il est impossible d'effacer les prestations accomplies. Comme en matière de contrat à exécutions successives, la résolution doit opérer comme la résiliation. Cette argumentation pourrait être admise, mais elle a un caractère artificiel.

2° Dès que le banquier invoquerait la condition résolutoire, le contrat d'escompte serait anéanti automatiquement, la propriété du titre escompté reviendrait au cédant, le banquier serait obligé de le lui rendre et perdrait ainsi le bénéfice de la garantie solidaire des endosseurs au moment où celle-ci présente le plus grand intérêt.

Admettre cette solution serait oublier que la confiance du banquier a pour base non seulement la solvabilité du cédant, mais encore la valeur propre du titre. La mise à l'épreuve de la solvabilité du cédant par l'exercice du recours fondamental ne doit pas enlever au banquier la propriété du titre en considération duquel il avait en partie accordé le crédit. Il serait contraire à la structure du contrat d'escompte, et, partant, à la volonté des parties, que la mise en œuvre de l'un des fondements de la confiance du banquier entraîne nécessairement l'anéantissement de l'autre. Au demeurant, la jurisprudence actuelle n'analyse plus la clause sauf encaissement en une condition résolutoire, comme nous aurons l'occasion de le démontrer (1).

Seule l'idée de garantie évite ce double écueil et correspond à l'intention des parties. Le banquier accepte d'avancer le montant nominal du titre, sous la simple déduction d'un intérêt, car il pense que le titre lui sera payé à l'échéance et, qu'au besoin, le cédant sera en mesure de suppléer à la défaillance éventuelle du débiteur principal et de payer le titre (ce qui n'est pas rembourser la somme reçue).

Evidemment, tant que le titre ne lui est pas payé par le remettant, le banquier en conserve la propriété, la mise en œuvre d'une obligation de garantie n'entraînant jamais la résolution du contrat.

C'est cette garantie du paiement du titre escompté à son échéance, qu'exprime, sous une terminologie défectueuse, la clause « sauf encaissement » ou « sauf bonne fin ». Le cédant garantit la bonne fin de l'opération : cette obligation est en parfaite harmonie avec le caractère d'opération de crédit de l'escompte.

(1) Voir *infra*, n° 324.

IV. - DÉFINITION DU CONTRAT D'ESCOMPTE

68. — a) Une définition de l'escompte ne doit pas chercher à assimiler ce contrat à un type contractuel déjà connu : son originalité est trop accentuée. Il est très proche de l'achat, mais il s'en distingue par des traits particuliers. Certes, on y retrouve la même structure de base, échange de deux valeurs, l'une en contrepartie de l'autre, et dont l'une consiste en du numéraire. Cette structure est exclusive de l'idée de prêt. Mais, à la différence de l'achat, le transfert du titre en propriété contre du numéraire ne réalise pas une opération de spéculation, mais une opération de crédit. L'escompte apparaît un peu comme un achat détourné par les parties de son but économique normal pour réaliser une opération de crédit, une avance de fonds. C'est un contrat de « nature hybride », a pu écrire excellemment M. H. Cabrillac (1).

Certains auteurs (2) définissent l'escompte comme un sous-type de l'achat et s'efforcent de préciser ses caractéristiques essentielles : proportionnalité nécessaire entre le prix et l'objet acheté, garantie du paiement du titre par le vendeur, garantie qui n'est pas de l'essence du contrat, mais qui est au moins de sa nature. L'idée nous paraît juste, mais en partie seulement. Il est certain que l'escompte est très voisin de l'achat au comptant et qu'il faut préciser ses règles de formation et de validité en se référant à ce type de contrat ; nous ne manquerons pas de recourir à une telle comparaison lorsqu'elle s'avérera nécessaire. Mais, d'autre part, les caractéristiques propres à l'escompte et la volonté qui anime les parties rendent toute assimilation avec l'achat artificielle. On peut objecter, il est vrai, que la vente, et notamment la vente à réméré, sert quelquefois à réaliser une opération de crédit, et qu'elle n'en est pas moins qualifiée de vente ; de même, l'escompte pourrait être qualifiée de vente d'effets de commerce ou, suivant une terminologie devenue traditionnelle, d'achat d'effets de commerce. Il nous semble cependant que, ce faisant, on appauvrirait le contenu du contrat d'escompte, en l'amputant de toutes les conséquences juridiques qui se rattachent à l'idée d'opération de crédit (3). Nous préférons donc y voir un contrat particulier et autonome, très proche de la vente, mais plus riche que celle-ci. Il est une des manifestations de l'autonomie du droit commercial.

(1) J. Cl. Banque, fasc. 35, n° 15.

(2) Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949.

(3) Par exemple, le caractère naturel et sous-entendu de la garantie du paiement du titre à son échéance qui va directement à l'encontre de l'article 1694 du Code civil. Voir *infra*, nos 286 et 291.

69. — b) Il faut également écarter toute référence à l'endossement et aux mécanismes cambiaires.

L'endossement accroît la sécurité du banquier escompteur et les effets de commerce constituent l'objet par excellence de l'escompte, mais ce serait une erreur d'en faire une pièce essentielle de l'opération. L'escompte est un contrat, un accord de volonté qui existe en soi comme type contractuel, qui développe ses effets indépendamment de ceux engendrés par le mode d'exécution de l'une des prestations qu'il prévoit. C'est une opération de crédit qui doit pouvoir se réaliser à propos de toute créance de somme d'argent, et de tout titre négociable représentant une telle créance.

70. — c) L'escompte étant un contrat *sui generis*, sa définition doit simplement décrire son contenu, et en énumérer les caractéristiques essentielles ou seulement naturelles. Nous proposons la définition suivante : l'escompte est la convention par laquelle le banquier escompteur paie par anticipation au porteur le montant d'un effet de commerce, d'un titre négociable ou d'une simple créance, en contrepartie de son transfert en toute propriété, de la garantie de son paiement à l'échéance, et sous déduction d'un intérêt proportionnel au temps restant à courir jusqu'à l'encaissement du titre ou de la créance escomptée.

TITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE

71. — Il arrive souvent que les parties ne qualifient pas la convention qui les lie ou lui donnent une qualification différente de celle qu'impliquent leurs volontés, la nature ou les caractères de l'objet de leurs obligations réciproques. Il appartient alors au juge de qualifier cette convention ou d'en rétablir la qualification exacte. Lorsqu'un contrat est défini par la loi, le magistrat n'éprouve en général pas de difficultés pour déterminer si chaque élément répond aux conditions posées par le législateur. Sa tâche est plus ardue lorsqu'il se trouve en face d'un contrat « *sui generis* » comme le contrat d'escompte, dont les contours sont forcément imprécis. Il est souvent très délicat de distinguer l'escompte d'opérations voisines qui se présentent sous un aspect extérieur identique. Aussi faut-il préciser avec un soin particulier les caractéristiques que doit présenter chaque élément du contrat pour qu'il y ait véritablement escompte : ces caractéristiques forment autant de conditions d'existence de ce contrat ; si l'une d'elles fait défaut, un contrat parfaitement valable a pu se former entre les parties, mais il ne s'agit plus d'un escompte.

Pour que le contrat produise ses effets, il faut encore que chacun de ces éléments caractérisés réponde à certaines conditions de validité.

Comme dans tout contrat synallagmatique, trois éléments essentiels concourent à la formation du contrat d'escompte : *le consentement des parties, le titre, objet de l'obligation du*

remettant, et la somme escomptée (1), objet de l'obligation du banquier escompteur (2) (3).

Nous étudierons les conditions d'existence et de validité du contrat d'escompte tenant :

- Chapitre I : à la volonté des parties ;
- Chapitre II : au titre ;
- Chapitre III : à la somme escomptée.

(1) L'expression somme escomptée est en soi incorrecte. Il faudrait dire : somme versée par le banquier à son client. La pratique bancaire parle de produit net de l'escompte. Nous avons emprunté cette expression à la langue italienne : c'est la traduction des mots : « somma scontata ». Nous utiliserons cette expression, malgré son incorrection, en raison de sa commodité. Elle fait pendant à l'expression : « titre escompté ».

(2) A proprement parler, l'objet de l'obligation du remettant n'est pas le titre mais son transfert en propriété au banquier ; de même, l'objet de l'obligation du banquier n'est pas la somme escomptée, mais plus exactement le versement immédiat de cette somme. Sous cette réserve, nous parlerons désormais du titre et de la somme escomptée comme objet de l'obligation de chacune des parties (voir Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. II, n° 246). Il est en effet plus clair d'étudier le transfert de propriété du titre et le versement immédiat de la somme escomptée avec le contenu de l'accord des parties ou avec les modalités d'exécution (voir *infra*, titre III) et de préciser uniquement les caractéristiques que doit présenter le titre ou la somme escomptée lorsqu'on étudie l'objet de chacune des obligations.

(3) Il n'y a rien de particulier à dire sur la cause de chaque obligation, puisqu'en principe celle-ci se confond, dans les contrats synallagmatiques, avec l'objet de l'obligation réciproque.

CHAPITRE I

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE TENANT A LA VOLONTÉ DES PARTIES

72. — Pour que le contrat d'escompte puisse se former, les parties doivent avoir exprimé leur accord sur l'objet de leurs obligations respectives. Nous préciserons plus loin les modalités de l'échange des consentements (1) et les caractères du titre et de la somme escomptée (2). Mais il faut également que l'accord des parties porte sur la nature du contrat : banquier et remettant doivent vouloir réaliser une opération d'escompte, leur volonté doit correspondre au contenu du contrat d'escompte. En raison du caractère sui generis du contrat, il convient de dégager ce qui doit être exactement la volonté des parties pour qu'il y ait escompte.

Cependant, il ne suffit pas que la volonté des parties corresponde au contenu du contrat d'escompte ; il faut encore que cette volonté émane de personnes capables et soit exempte de vice, à défaut de quoi le contrat ne serait pas valable.

Section I. — Conditions d'existence du contrat d'escompte tenant à la volonté des parties : critère et preuve de l'escompte

73. — L'escompte est une opération de crédit qui repose sur l'acquisition d'un titre conférant des droits sur un tiers. Pour qu'il y ait escompte, il faut donc :

- Que les parties aient la volonté de transférer la propriété du titre au banquier ;

(1) Sur l'échange des consentements et la formation du contrat d'escompte, voir *infra*, titre III (première partie).

(2) Voir *infra*, chapitres II et III.

— Qu'elles aient la volonté de réaliser une opération de crédit.

C'est seulement dans le cas où l'on relève cette double volonté que l'opération mérite sa qualification d'opération d'escompte. Ces deux conditions nécessaires permettent de distinguer l'opération d'escompte d'opérations bancaires très voisines. Des questions délicates de preuve peuvent se poser.

Sous-section I. — Volonté de transférer la propriété du titre au banquier

74. — C'est une condition essentielle, la première que le magistrat doit s'attacher à dégager pour savoir s'il y a vraiment escompte.

Très souvent, en effet, un titre susceptible d'être escompté est remis au banquier, mais cette remise peut ne pas correspondre à un transfert de propriété et, par suite, à un escompte, même si elle s'accompagne d'une remise de fonds au client et constitue l'un des rouages d'une opération de crédit.

En prenant comme point de départ la nécessité d'un transfert de propriété du titre, il est possible de distinguer l'escompte de deux opérations bancaires :

- la remise du titre à l'encaissement,
- et la remise du titre en pension.

I. - DISTINCTION DE L'ESCOMPTE ET DE LA REMISE
A L'ENCAISSEMENT

1° En théorie, il est très facile de distinguer ces deux opérations absolument dissemblables.

75. — Dans l'escompte, le banquier devient propriétaire du titre ; en cas de remise à l'encaissement, il est un simple mandataire chargé du recouvrement du titre. Cette première différence en entraîne une seconde : devenu propriétaire du titre, le banquier escompteur est débiteur de son montant envers le remettant ; il doit mettre la somme correspondante immédiatement à sa disposition sans attendre l'échéance. Au contraire, le banquier mandataire ne devient redevable du montant de l'effet qu'au moment de son encaissement à l'échéance.

Mais il arrive fréquemment qu'un banquier effectue des avances au vu de remises d'effets dont le caractère de remise à l'encaissement est avéré et n'est d'ailleurs souvent pas

contesté par le banquier lui-même (1). Economiquement, l'opération est très proche de l'escompte, mais des différences essentielles subsistent.

Le banquier qui effectue de telles avances à valoir sur une remise à l'encaissement, a une double qualité qui le distingue du banquier escompteur : d'une part, il est toujours un mandataire chargé du recouvrement du titre remis ; d'autre part, il effectue un prêt (2).

— *Mandataire*, il ne peut, à la différence de l'escompteur, disposer de l'effet sous peine de commettre un abus de confiance ; il peut seulement se substituer un autre mandataire ; toutes les exceptions opposables à son mandant lui sont opposables. S'il tombe en faillite, son mandant peut revendiquer l'effet non encore encaissé (art. 574 ancien, art. 546 nouveau) (3).

— *Prêteur*, il conserve le droit de demander le remboursement de l'avance consentie si le titre n'est pas payé à l'échéance ; mais c'est toujours là une action de droit commun en remboursement du prêt (4). L'escompteur, au contraire, agit contre le remettant en paiement du titre, et non pas en remboursement de la somme versée. Il dispose à cet effet d'une action cambiaire lorsque le titre la comporte.

La différence est sensible lorsque le titre remis est libellé ou payable en monnaie étrangère ; le banquier prêteur man-

(1) Voir par exemple : Hamel, t. II, n° 1120, p. 941 ; Paris, 4 décembre 1940, J. C. P., 1941, 1608, note de M. H. Cabrillac ; également Angers, 18 juillet 1951 (J. C. P., 1951, 66-22 ; D. 1951, 691) confirmé par l'arrêt de cassation, 16 mai 1955 (*Banque*, 1956, p. 444, note Marin). Le banquier avait soutenu en première instance qu'il s'agissait d'une remise à l'encaissement ; Trib. Com. Villefranche-sur-Saône, 26 janvier 1944, *R. T. D^e Com.*, 1949, p. 86, n° 6, *Banques*, 1950, p. 39.

(2) Il y a en somme deux contrats : un mandat et un prêt unis par un lien plus économique que juridique. L'escompte, au contraire, est un contrat unitaire.

(3) Il y a d'autres intérêts à la distinction, notamment en ce qui concerne les obligations du banquier, sa responsabilité et la portée des clauses d'exonération : Hamel, t. II, n° 1120, p. 942. Voir : Montpellier, 17 février 1949, J. C. P., 1949, n° 4805, note H. Cabrillac ; *R. T. D^e Com.*, 1949, p. 345, n° 5 ; Cass., 16 mai 1955, G. P. 1955, II, 13 et 5 décembre 1955, J. C. P., 1956, 9134, note H. Cabrillac ; ces deux derniers arrêts sont rapportés à la *Revue Banque*, 1956, p. 444, note X. Marin ; voir également Cass. 20 avril 1948, D. 1948, J. 373, *R. T. D^e Com.*, 1948, p. 698, obs. Houin.

(4) Cass 23 mai 1955. Bull. Civ., 1955, 3, n° 182, p. 148. Cette action peut ne pas être intentée dans les délais cambiaires (voir Lescot et Roblot, t. II, n° 714 ; Montpellier, 14 janvier 1953, *R. T. D^e Com.*, 1953, p. 703, n° 2). L'intérêt de la distinction s'atténue sur ce point si l'on admet, comme nous le proposons, que le banquier escompteur dispose en plus du recours cambiaire d'un recours de droit commun en garantie.

dataire a toujours droit au remboursement de l'avance quelles que soient les variations du change ; l'escompteur, au contraire, en subit les conséquences en bien ou en mal (1).

De plus, si entre la réalisation du prêt et l'accomplissement du mandat le remettant tombe en faillite, le banquier pourra produire à la faillite pour le montant de son prêt, mais il devra verser intégralement les sommes dont il est redevable en vertu de son mandat ; l'escompteur conservera au contraire le produit de l'encaissement de l'effet.

L'intérêt de la distinction entre ces deux opérations est donc considérable. Il ne faut pas que, par la suite, le remettant ou un tiers vienne contester le caractère de remise à l'escompte.

2° Or, en pratique, sur le terrain de la preuve, la distinction est malaisée.

76. — Il est souvent très délicat de savoir si le client a remis le titre au banquier pour encaissement ou pour escompte. Il y a une recherche d'intention difficile à effectuer.

On serait tenté de recourir exclusivement au critère du paiement immédiat ou différé du montant de l'effet : le banquier a-t-il mis les fonds immédiatement à la disposition du remettant, il y a escompte ; sinon, il y a remise à l'encaissement. Mais un tel critère est purement négatif. Si le banquier n'a pas remis à la disposition du remettant le montant de l'effet, il est certain qu'il n'y a pas escompte. Ce ne peut être une opération de crédit (2). Mais, dans le cas contraire, il n'est point sûr qu'il y ait escompte, puisque nous venons de voir qu'un prêt coïncidait souvent avec une remise à l'encaissement.

La preuve de l'escompte ne sera donc établie que si l'on démontre, outre la mise immédiate à la disposition du remettant du montant du titre, la transmission en propriété de cet effet au banquier.

Lorsque le titre remis est un effet de commerce, il semblerait suffisant de se référer à la forme de l'endossement pour savoir si le remettant a voulu transférer l'effet en toute propriété au banquier, et réaliser ainsi une opération d'escompte. En effet, l'article 122 du Code de Commerce exige que l'endossement pour encaissement soit accompagné de

(1) Paris, 14 décembre 1940, J. C. P., 1941, 1608, note H. Cabrillac ; Dijon, 13 mai 1949, R. T. D^e Com., 1949, p. 688, n° 3 ; Cass. Com., 2 novembre 1953, R. T. D^e Com., 1954, p. 125, n° 1, obs. J. Becqué et H. Cabrillac, Banque, 1954, p. 38, note X. Marin.

(2) Cass. req., 6 décembre 1921 ; D.P. 1922, I, 56 ; Cass. Com., 20 avril 1948, D. 1948, J. 375 ; R. T. D^e Com., 1948, p. 698, obs. Houin ; voir Renaud, p. 114, n° 99 et suivants.

la mention « valeur en recouvrement » ou « pour encaissement » ou « par procuration » ou toute autre formule impliquant un simple mandat. De plus, l'article 117, alinéa 8, précise que tout endossement en blanc transfère la propriété du titre.

Mais, selon une doctrine unanime, les articles 122 et 117 n'établissent qu'une présomption simple susceptible d'être combattue par le remettant ou le banquier ou même par les tiers (1). La preuve de la véritable nature de la remise pourra être faite par tous les moyens, et notamment par présomption puisqu'on se trouvera généralement en matière commerciale. Il s'agit là, évidemment, de questions d'espèce laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond, et l'on ne peut indiquer que quelques règles pratiques.

77. — *Si le banquier bénéficie d'un endos de forme translatif, on doit présumer qu'il s'agit d'un escompte.*

Cependant, le remettant peut démontrer que la forme de l'endos translatif a été utilisée à tort, et que la remise du titre était une simple remise à l'encaissement, associée éventuellement à un prêt ou à une ouverture de crédit. Pour triompher dans sa démonstration, il produira les bordereaux de remise, ou la correspondance échangée entre parties.

La pratique a précisé, à cet égard, que la mention « valeur en compte » implique la volonté de transférer la propriété de l'effet au banquier et de réaliser ainsi un escompte (2).

La Cour de Rouen a jugé que les mots « valeur à l'échéance » avaient seulement pour conséquence de suspendre le cours des intérêts au profit du client jusqu'à cette date, mais ne produisait aucun effet sur la transmission de propriété du titre, dont le montant devait figurer immédiatement au crédit du remettant (3).

(1) Cass. Com., 16 mai 1955. G.P., 1955, 2, 13 : *Banque*, 1956, p. 444, note X. Marin ; Lescot et Roblot, t. I, n° 322 et les références ; voir également J. Cl., *Banque et bourse*, fasc. 35, n° 38, et fasc. 40, n° 118 et les références. Les tiers de bonne foi, s'ils peuvent combattre la présomption établie par la forme de l'endossement et invoquer la convention réelle existant entre le banquier et son client, ne risquent pas de se voir opposer cette réalité contre leur gré. Ils ont la possibilité de s'en tenir à l'apparence formelle du titre ; Lescot et Roblot, t. I, p. 366, note 6 ; Cass., 5 décembre 1955, J. C. P., 1956, n° 9134, note H. Cabrillac.

(2) *Rapport de l'union syndicale des banquiers*, 1936, p. 26 ; voir cependant Montpellier, 23 octobre 1953, D. 1955, J. 131.

(3) 9 juillet 1925, G. P. Table quinq., 1925, 1930, t. I, V° Compte courant, n° 51. En ce sens, Hamel, n° 251 et 284, Escarra, Manuel, n° 1309. La date de la valeur fixe seulement le point de départ des intérêts.

Une demande « avis de sort » ne saurait imprimer à l'opération le caractère d'un mandat (1). En effet, même si le représentant entend réaliser une opération d'escompte, il n'ignore pas que le défaut de paiement l'exposera au recours du banquier, et il a intérêt à connaître au plus tôt le sort de l'opération. Cette clause ne prouve rien, ni dans un sens ni dans l'autre et ne saurait infirmer la présomption résultant d'un endos translatif et d'un crédit immédiat.

Il a été jugé (2) que « l'inscription par une banque sans encaissement du montant d'un chèque au crédit du compte courant de celui qui le lui remet n'est faite que sauf bonne fin », ce qui est exact, et que « cette réserve a pour effet de conférer à l'opération de remise le caractère d'un mandat ». La doctrine s'est élevée à juste titre contre une telle interprétation : la clause « sauf bonne fin » se rencontre dans la vente sur effet à encaisser (3), mais elle est aussi de la nature de l'escompte, et l'on ne peut rien déduire de sa présence.

78. — *A l'inverse, si la forme de l'endos, la rédaction du bordereau laissent croire à une remise à l'encaissement, le banquier ou le remettant peuvent démontrer qu'il s'agit d'une remise à l'escompte et non d'une avance sur effet à encaisser.*

L'inscription de la valeur de l'effet en compte courant au crédit du remettant est, à cet égard, un argument décisif en faveur de l'escompte, même en présence d'un endos de procuration ou d'un bordereau de remise à l'encaissement. En effet, la remise du titre à l'encaissement ne doit faire l'objet d'aucune inscription en compte, puisqu'en principe elle ne donne naissance à aucune créance susceptible d'être inscrite en compte (4).

« La remise en compte courant étant nécessairement translatrice de propriété, le banquier qui porte l'effet au crédit d'un compte courant en devient propriétaire, écrit M. Hamel (5). Si cette attribution de propriété est contraire aux intentions du client, celui-ci doit protester contre une inscription de l'effet

(1) En ce sens, H. Cabrillac, note au J. C. P., 1941, 1608.

(2) Montpellier, 23 octobre 1953, D. 1955, I, 131, note J. Savatier.

(3) Le montant de l'avance étant porté au crédit du remettant, cette clause a pour seul effet de permettre d'en obtenir le remboursement par une écriture au débit ; mais le banquier ne peut conserver l'effet qu'il ne détient qu'en qualité de mandataire ou les sommes résultant de l'encaissement. C'est là une différence essentielle avec l'escompte (voir Hamel, n° 1120, p. 242 ; Cass., 29 avril 1954, Bull. Cass., 1954, III, 110, n° 148).

(4) Hamel, t. I, n° 358, p. 561 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 456, p. 285. H. Cabrillac, J. Cl. fasc. 40, n° 111 et suivants.

(5) *Opérations de banque*, t. II, n° 1112, p. 918.

au compte dès qu'il en a connaissance ; s'il ne fait entendre aucune protestation, c'est qu'il a accepté la décision du banquier, et de convention entre les deux parties, la remise pour recouvrement s'est transformée en une remise à l'escompte. »

Cette solution est solidement acquise en doctrine (1) et en jurisprudence (2), tout au moins pour les remises de lettres de change ; elle est cependant critiquable.

A vrai dire, l'inscription en compte courant ne suppose pas un transfert de propriété ; elle suppose plus exactement une créance de l'une des parties contre l'autre (3). Certes, cette créance résulte le plus souvent d'un transfert en propriété du titre, transfert qui a pour effet de constituer le récepteur immédiatement débiteur du remettant pour la valeur du titre transmis ; et c'est pourquoi, en présence d'une remise d'effet suivie d'une inscription au crédit du remettant, on doit présumer qu'il y a transfert de propriété du titre et, par suite, escompte. Mais ce n'est point une conclusion inéluctable : cette créance du remettant et l'article de crédit qui en est la traduction peuvent fort bien résulter d'une avance au sens de prêt, d'ouverture de crédit effectuée par le banquier sur une remise d'effet à l'encaissement sans que cette avance transforme cette remise en une remise à l'escompte. C'est ce que l'on devrait présumer lorsque, tout en sollicitant l'octroi immédiat d'un crédit correspondant au montant du titre, le remettant exprime clairement sa volonté de ne conférer au banquier qu'un mandat de recouvrement par la forme de l'endos ou du bordereau utilisé. Aussi ne doit-on pas s'étonner de quelques réticences en jurisprudence et même en doctrine (4) à admettre la même solution en matière de chèques qui font généralement l'objet d'une remise à l'encaissement et non à l'escompte, contrairement aux autres effets de commerce (5).

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 324, p. 366 ; J. Savatier, note au Dalloz, 1955, J. 131 ; Percerou, *Enc. Dalloz D^t Com.*, V° Compte courant, n°s 68 et suiv. ; Henry Germain-Martin, *Enc. Dalloz D^t Com.*, V° Escompte, n°s 49 et suiv. ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 1002, p. 421 ; H. Cabrillac, J. Cl. Banque, fasc. 35, n° 38 ; fasc. 40, n° 119 ; Thaller et Percerou, t. II, n° 1666 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1479.

(2) Cass. Com., 29 avril 1954, Bull., 1954, 3, p. 110, n° 148. Admettant la solution de l'arrêt de Cour de Paris, du 7 avril 1951. *R. T. D^t Com.*, 1951, p. 553, n° 7. Paris, 10 octobre 1956, D. 1956, J. 367, note Deleau Deshayes, *R. T. D^t Com.*, 1957, p. 686, n° 3. Montpellier, 4 mai 1960, inédit.

(3) Piret, n° 38, p. 53. Escarra. *Cours de D^t Com.*, n° 1343.

(4) Hamel, t. I, n° 588 ; Cabrillac, *Le chèque et le virement*, n° 142, note *in fine* au J. C.P., 1958, n° 10548. X. Marin, *Banque*, 1956, p. 445.

(5) Pour les remises des titres autres que les effets de commerce, notamment pour l'escompte des coupons, voir Renaud, n°s 99 et suiv. ; Rousseau, note au S. 1922, 2, 97 ; R. Percerou, *Enc. Dalloz D^t Com.*, V° Compte courant, n° 76.

Si certains arrêts (1) ont affirmé que l'inscription d'un chèque en compte courant conférait nécessairement la propriété du chèque au banquier et réalisait ainsi une opération d'escompte, par contre d'autres arrêts (2) ont repoussé cette solution et ont en somme analysé la remise d'un chèque à l'encaissement suivie aussitôt d'une inscription au crédit du remettant en une avance garantie par le chèque à encaisser. L'une de ces décisions (Angers, 18 juillet 1951) a été confirmée par la Cour de Cassation (16 mai 1955), qui ne voit donc « aucune incompatibilité entre l'inscription en compte courant et le mandat » (3).

79. — Quoiqu'il en soit, l'inscription du montant d'un effet au « différé » d'un compte courant est exclusive de toute idée d'escompte. L'escompte est en effet une opération de crédit qui suppose nécessairement que le banquier mette à la disposition immédiate de son client le montant du titre. Ce montant doit figurer au « disponible » et non pas au « différé » qui ne comprend, en principe, que les créances à terme, non encore exigibles et qui ne peuvent faire l'objet d'un retrait de fonds.

Si le banquier consent tout de même un retrait de fonds qui dépasse le montant du disponible et s'impute sur le différé, cette avance, dite « avance sur différé », ne saurait transformer la remise de l'effet en une remise à l'escompte : le montant de l'effet figure toujours au différé et ce n'est donc pas ce montant qui a été mis à la disposition du client ; il s'agit d'un véritable prêt. Mais il en va autrement, croyons-nous, si au moment de la remise faite au client le banquier transfère le montant de l'effet du différé au disponible du compte. Cette écriture comptable révèle la volonté des parties de réaliser un escompte à retardement.

Le sort des effets ainsi inscrits au différé du compte est difficile à préciser. Ces effets ne sont pas escomptés : le banquier en devient-il propriétaire ou continue-t-il à les détenir à titre de mandataire ? La majorité des auteurs semble pencher

(1) Douai, 15 mai 1927, Req. Douai, 1927, 205 ; voir J. Bouteron, *La jurisprudence du chèque*, p. 185 ; Limoges, audience solennelle, 17 février 1958, J. C. P., 1958, 10547, note H. Cabrillac ; Poitiers, 18 mai 1954, D. 1055, J. 365, note Goré. Un arrêt de cassation commerciale du 23 mai 1955, *Bull. Civ.*, 1955, III, n° 182, p. 148, sans trancher expressément le problème, prend bien soin de préciser qu'il s'agissait d'un compte de dépôt. En ce sens, J. Savatier, note au Dalloz, 1955, J., p. 131.

(2) Paris, 14 novembre 1940, J. C. P., 1941, 1608, note H. Cabrillac ; Montpellier, 23 octobre 1953, D. 1955, J., p. 131 ; Villefranche-sur-Saône, 26 janvier 1949, *R. T. D. Com.*, 1949, p. 86, n° 6 ; Angers, 18 juillet 1951, 6622. *Banque*, 1952, p. 168 ; Cass. Com., 16 mai 1955, G. P., 55, 2, 13, *Banque*, 1956, p. 444.

(3) M. X. Marin, *Banque*, 1956, p. 445, deuxième colonne.

pour cette dernière solution (1) et condamne cette pratique, car le montant de l'effet qui figure au compte ne représente pas une créance à terme, mais une créance sous condition suspensive et devrait, à ce titre, être laissée en dehors du compte courant et figurer dans un compte annexe ouvert pour ordre (2). Certains auteurs proposent de distinguer « l'entrée de la créance du remettant en compte courant (ce qui impliquerait un transfert de propriété préalable de l'effet), et l'inscription en compte, simple écriture comptable d'attente (ce qui n'impliquerait pas un transfert de propriété) et ne serait pas incompatible avec une remise à l'encaissement (3) ».

Cette subtile distinction ne nous paraît pas admissible : le compte courant est un moyen de règlement des créances réciproques ; il n'est pas un compte d'attente. L'inscription en compte doit être la preuve irréfutable de l'entrée en compte.

II. - DISTINCTION DE L'ESCOMPTE ET DES OPÉRATIONS DE PENSION

80. — L'escompte et les opérations de pension répondent au même but économique : réaliser une opération de crédit par la mobilisation d'un titre représentatif d'une somme d'argent.

Le porteur d'un effet de commerce peut vouloir utiliser cet effet pour se procurer des fonds sans attendre son échéance. Il peut remettre cet effet à l'escompte, mais s'il espère être en mesure de restituer avant l'échéance de l'effet les fonds qui lui sont remis, il peut préférer placer cet effet « en pension » auprès d'un banquier, pour une durée inférieure à celle restant à courir jusqu'à l'échéance de l'effet. L'opération se présente extérieurement comme un escompte : un effet est remis au banquier créancier qui en verse le montant nominal, sous certaines déductions, mais qui, au lieu de se payer par l'encaissement du titre à l'échéance, sera remboursé plus tôt, au terme fixé par le remettant lui-même qui récupérera ainsi le titre non échu. L'opération est moins coûteuse qu'un escompte car le remettant ne supporte les intérêts que pour la durée de la pension, et non jusqu'à l'échéance de l'effet ; elle est pratiquée pour les effets à moyen et à long terme dont la durée dépasse les besoins de trésorerie ordinaires. L'opération de pension est ainsi dénommée car le banquier doit conserver

(1) Hamel, t. I, n° 337 et 338 ; Escarra et Rault, t. VI, nos 353 et 455 ; Goré, I, note D. 1955, J. 365.

(2) Hamel, t. I, n° 353 ; H. Cabrillac, *J. Class. Banque*, fasc. 40, n° 90. Cass. req., 6 décembre 1921. D. P., 1922, I, 56. Cass. civ. section com., 20 avril 1948. S. 1948, I, 129. D. 1948. J. 374. R. T. D^t Com., 1948, p. 698. Contra, Escarra et Rault, t. VI, n° 455, p. 283.

(3) X. Marin, *Rev. Banque*, 1956, p. 445, deuxième colonne, *in fine*. Piret, n° 12, p. 24, n° 43, p. 58, n° 46, p. 64.

le titre qui lui a été remis jusqu'à la date fixée pour la restitution des fonds qu'il a versés.

L'escompte et les opérations de pension ayant une nature économique identique (1), la Commission de Réforme du Code de Commerce (2) les a assimilés, et, sous le nom générique d'escompte, les a soumis à une même réglementation juridique d'ensemble.

Au point de vue juridique, cette assimilation est critiquable en raison de sa généralité. Certaines opérations de pension, en effet, ne sauraient constituer un escompte, car elles ne comportent pas un transfert de propriété au banquier, mais simplement une mise en gage.

Il faut donc opérer une distinction parmi les opérations de pension entre celles qui ne constituent pas une opération d'escompte et celles qui en remplissent les conditions essentielles sous réserve de modalités particulières.

A. - DISTINCTION DE L'ESCOMPTE ET DE L'AVAL EN PENSION

81. — L'aval en pension est une opération de prêt garantie par un nantissement portant sur un ou plusieurs effets de commerce. C'est la définition adoptée par la grande majorité des auteurs (3) (4) L'opération se distingue donc aisément de l'escompte qui n'est pas un prêt et suppose nécessairement un transfert de propriété de l'effet. Il y a là deux contrats d'origine différente : l'un, l'aval en pension, est un contrat nommé, un prêt sur gage ; l'autre, l'escompte, est un contrat sui generis dérivé du contrat de vente que les parties ont détourné de son but économique normal pour réaliser une opération de crédit.

Dans l'aval en pension, la mise en gage de l'effet devrait normalement se réaliser par un endos pignoratif, mais en pratique seule la forme de l'endos translatif est utilisée, si bien qu'aux yeux des tiers rien ne distingue l'escompte de l'aval en pension. Mais, pour cette dernière opération, un

(1) Seule la durée du crédit peut les distinguer ; voir d'ailleurs Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1939, *in fine*.

(2) Travaux de la Commission, t. IV.

(3) Hamel, t. II, n° 1124, *Revue Banque*, 1957, p. 707 ; Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1910 ; Lescot et Roblot, t. I, n° 350 ; Escarra, n° 1385. La jurisprudence, peu fournie, il est vrai, l'aval en pension intervenant entre banquiers ne faisant généralement l'objet d'aucune difficulté, se prononce en ce sens ; Paris, 9 mai 1930, G. P., 1930, 2, 201.

(4) Il y a « aval », au sens large, car l'emprunteur, en endossant le titre, en garantit le paiement, et il y a évidemment « pension » car le banquier doit conserver le gage jusqu'à l'échéance du prêt.

échange de lettres, le libellé d'un bordereau viennent préciser entre parties la nature de l'opération et réduire la portée de cet endossement, apparemment translatif, à une simple mise en gage.

82. — On conçoit que l'escompte et l'aval en pension, de nature différente, obéissent à des régimes différents. Signalons les différences essentielles (1) :

1° Le banquier escompteur est propriétaire de l'effet, il peut le négocier, le présenter au réescompte, ou le mettre en gage. Au contraire, le banquier qui a reçu l'effet en pension ne peut en disposer : il encourt les peines de l'abus de confiance pour détournement de gage, s'il négocie cet effet avant l'échéance du prêt, s'il le remet par exemple à l'escompte. La doctrine est unanime sur ce point (2).

Mais en est-il de même s'il le négocie après l'échéance ? La doctrine est ici divisée. Certains auteurs (3) soutiennent que « la négociation est interdite même après l'échéance de la créance garantie, car ni les principes du droit civil (Code civil, art. 2078), ni les principes du droit commercial n'autorisent un mode d'exécution aussi simplifié ». Le banquier, pour réaliser son gage, peut seulement encaisser l'effet à son échéance (art. 91) ou faire procéder à sa vente dans la forme des ventes publiques (art. 93), mais il ne peut pas le remettre simplement à l'escompte d'une autre banque.

D'autres auteurs (4), au contraire, admettent au profit du banquier le droit de négocier par un escompte l'effet remis en pension, après l'échéance de la créance garantie. Ils se fondent sur la volonté présumée des parties. « ... Il doit être admis, écrit M. Hamel, qu'en procédant à l'opération de l'aval en pension, le remettant a d'avance reconnu à son prêteur le droit d'effectuer au cas de non-remboursement du prêt une négociation bancaire de l'effet remis en pension. » Une telle négociation ne présente d'ailleurs aucun danger pour l'emprunteur puisque l'escompte doit donner le montant exact de l'effet, auquel était déjà proportionné le montant du prêt. Certains ajoutent qu'il faut assimiler l'escompte à un recouvrement autorisé par l'article 91 du Code de Commerce.

(1) Pour les différences fiscales, voir Hamel, t. II, n° 1224.

(2) Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 350 ; s'il y a cependant négociation, le tiers de bonne foi peut acquérir l'effet en toute propriété, car il est protégé par l'apparence formelle du titre et la présence d'un endos de forme translatif (Lescot et Roblot, n° 350, *in fine*, p. 381 ; Hamel, n° 1225).

(3) Lescot et Roblot, t. I, nos 350, 355 et 356.

(4) Hamel, t. II, n° 1225, *in fine* ; Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1910.

Sur le plan des textes et du pur raisonnement juridique, nous pensons, après MM. Lescot et Roblot, qu'on ne saurait retenir la volonté présumée des parties, car l'article 93, alinéa 4, du Code de Commerce annule toute clause tendant à autoriser le créancier gagiste à disposer du gage en dehors des formalités de droit commun, et l'escompte ne saurait être assimilé à un mode de recouvrement. Il faudrait donc interdire au banquier qui a reçu des effets en pension de les négocier par un escompte, même après l'échéance du prêt.

Cependant, un usage bancaire très ferme s'est créé en faveur de la solution contraire, de beaucoup plus pratique, et cet usage semble devoir l'emporter sur les textes écrits et le pur raisonnement juridique (1).

83. — 2° Même si on admet, avec M. Hamel, qu'après le non-remboursement du prêt, le banquier peut négocier l'effet remis en pension, ce pouvoir de disposition ne saurait transformer l'opération d'aval en pension en une opération d'escompte, bien qu'elle en présente alors tous les caractères extérieurs : proportionnalité des fonds remis et du montant de l'effet, pouvoir de négocier ce dernier, ce qui semble impliquer un droit de propriété sur l'effet. Le banquier reste créancier du remettant en vertu du prêt qu'il lui a consenti et, si le gage une fois réalisé ne remplit le banquier de tous ses droits, il peut recourir contre le remettant en remboursement du prêt.

Le banquier escompteur est au contraire créancier du paiement du titre. Nous avons vu précédemment tout l'intérêt de cette distinction au cas où l'effet vient à changer de valeur entre le jour où il est remis au banquier et le jour de son échéance par suite d'une variation du cours du change. Le banquier escompteur ne peut agir soit cambiairement, soit en vertu de son recours fondamental en garantie, qu'en paiement du titre ; il supporte les risques des variations du cours du change. Le banquier qui a reçu les effets selon les modalités de l'aval en pension, a toujours droit et n'a droit qu'au remboursement de son prêt ; c'est le remettant qui subit les variations de cours. De même, si l'escompteur réescompte à perte, il ne peut demander la différence au remettant ; il en

(1) En toute hypothèse, le banquier qui a pratiqué une opération d'aval en pension peut demander à un autre banquier d'escompter sa créance née du prêt et garantie par l'effet remis en gage. MM. Lescot et Roblot (t. I, n° 356) décrivent une pratique différente : le banquier « peut endosser la traite à titre de procuration à un établissement de crédit qui accepte de la lui escompter ». On peut douter de la régularité de cet escompte, l'effet n'étant pas transmis en propriété. Il serait plus exact d'analyser l'opération en une « avance sur effet à encaisser ». Voir *supra*, n° 75.

va autrement dans le cas de l'aval en pension si l'on admet le droit pour le banquier de réaliser son gage au moyen d'une remise à l'escompte.

84. — 3° « En cas de faillite du client qui a remis les effets en pension, le banquier conserve les effets, les encaisse à l'échéance et déduit de sa production le montant ainsi encaissé (1) » (art. 548 ancien, 527 nouveau). Au contraire, le banquier escompteur pourrait toujours produire pour le montant intégral de l'effet, sans avoir à déduire les sommes encaissées des co-obligés jusqu'au complet paiement de l'effet (art. 542 ancien, 521 nouveau).

La volonté de transférer le titre en propriété au banquier permet donc de distinguer l'escompte de l'aval en pension. Mais il n'en est pas de même des autres opérations de pension que l'on est conduit à assimiler à l'escompte.

B. - ASSIMILATION DE L'ESCOMPTE ET DES AUTRES OPÉRATIONS DE PENSION

85. — « La mise en pension, écrit M. Hamel, n'opère nantissement que si les parties n'ont pas manifesté leur volonté de réaliser une opération toute différente » (2). Les parties, en effet, au lieu de remettre le titre en gage, ont pu décider de le transmettre en toute propriété au banquier créancier qui s'engage à le rétrocéder à la date fixée pour la fin de la pension. Et, selon nous, il faut présumer que les parties ont entendu réaliser une telle opération, si elles n'ont pas utilisé les termes d'« aval en pension », mais seulement ceux de « mise en pension », et n'ont pas ainsi clairement manifesté leur volonté de réaliser une mise en gage : en effet, l'endos en blanc, forme utilisée en pratique, fait présumer entre parties le transfert de propriété du titre ; à défaut de volonté contraire nettement exprimée, il n'y a pas lieu de repousser cette présomption. D'ailleurs, toutes difficultés de preuve seront écartées si les formules employées par le banquier précisent « qu'il acquiert » les effets et qu'il les « rétrocède » à une date fixée. Ces formules démontrent que même si les termes d'aval en pension ont été utilisés, les parties ont entendu réaliser, non pas un nantissement, mais un transfert de propriété (3).

Une telle « mise en pension » présente, assurément, toutes les caractéristiques de l'opération d'escompte (avance du montant d'un effet contre son transfert en propriété), avec cette

(1) Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 707.

(2) Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 707.

(3) En ce sens, Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 707 et 708.

seule particularité de la clause de rétrocession introduite au profit du remettant.

On a qualifié l'opération de vente avec revente facultative ou définitive (1) ; cette qualification ne nous paraît pas acceptable, car l'escompte n'est pas une vente.

Certains auteurs l'ont analysée en un « escompte suivi de réescompte » (2). Si le premier terme de l'expression est rigoureusement exact, le second est erroné, la rétrocession de l'effet au remettant n'est pas un réescompte, elle n'a rien d'une opération de crédit : c'est le dénouement anticipé de l'opération d'escompte.

Pour nous, l'opération doit s'analyser simplement en un escompte (3) accompagné d'une convention de retrait à date fixe ; retrait facultatif si le banquier escompteur s'engage à permettre le retrait à date fixe, retrait obligatoire si le remettant doit retirer l'effet à cette date. Il s'agit en somme d'une modalité particulière de dénouement de l'escompte, prévue et réglementée par les parties dès l'origine de l'opération.

La pratique désigne souvent l'opération sous le nom « d'escompte en pension » (4). Signalons que la pratique bancaire belge qualifie l'opération « d'escompte à échéance conventionnelle ».

86. — Le régime juridique de cette opération de pension s'éloigne de celui de l'aval en pension, pour s'assimiler, à quelques particularités près, à celui de l'escompte.

1° Le banquier est bien propriétaire de l'effet, mais s'étant engagé à rétrocéder l'effet à une date fixée, il ne peut l'aliéner jusqu'à cette date, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle ; mais en aucune façon, il n'encourt, comme dans l'aval en pension, les peines de l'abus de confiance. Après le terme fixé pour la rétrocession, le banquier escompteur peut disposer de l'effet sans aucune entrave.

2° L'opération n'est pas un prêt comme l'aval en pension, dès lors le banquier ne peut agir à l'encontre du remettant qu'en paiement du titre, et non pas en remboursement de son avance. On sait l'intérêt de la distinction.

(1) Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 707 ; Terrel et Lejeune, p. 130.

(2) Ferronière et de Chillaz, n° 497, p. 463.

(3) Dans le sens de cette assimilation, J. Sancery, *Enc. Dalloz*, V° Banque de France, n° 49 ; Terrel et Lejeune, p. 130 ; Ferronière et de Chillaz, n° 497, p. 462. Voir les travaux de la Commission de Réforme. Pour la Belgique, Henrion et Simon, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, p. 111, n° 75. Le calcul des agios ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard : voir Ferronière et de Chillaz, n° 497, p. 463.

(4) J. Sancery, *Enc. Dalloz*, V° Banque de France, n° 49.

3° En cas de faillite du remettant, le banquier peut invoquer l'article 521, et ne risque pas de se voir appliquer l'article 536.

4° M. Hamel a signalé un autre intérêt de la distinction de l'aval en pension et de cette opération de pension, véritable escompte (1). Dans l'aval en pension, le nantissement n'est régulier et opposable aux tiers que si les effets sont matériellement remis au banquier prêteur. Au contraire, le transfert de propriété n'exigeant aucun dessaisissement de l'aliénant, l'escompte avec convention de rétrocession permet au crédité de conserver les effets « sous dossier » au nom de l'escompteur, conformément à l'habitude de la pratique pour ce genre d'escompte (2). Mais encore faut-il que les effets mis « sous dossier » aient été identifiés pour que le transfert de propriété ait pu se produire. Le banquier escompteur opérera de même prudemment en s'assurant que les effets ont été endossés par le crédité afin de pouvoir jouir des avantages du droit cambiaire, et de ne pas être réduit à son recours fondamental en garantie contre le remettant (3).

87. — Nous avons vu, jusqu'à présent, des opérations de crédit qui se distinguaient de l'opération d'escompte en ce que les parties n'avaient pas l'intention de transférer la propriété de l'effet au banquier, soit qu'il y ait une remise à l'encaissement, soit une mise en gage.

Mais, à l'inverse, l'on peut se trouver en présence d'opérations qui supposent un transfert de propriété au banquier, mais qui ne constituent pas des opérations d'escompte, car les parties n'ont pas l'intention d'effectuer une opération de crédit.

Sous-section II. — Volonté de réaliser une opération de crédit

88. — C'est là une caractéristique essentielle de l'opération d'escompte. Cette volonté de réaliser une opération de crédit s'exprime par le versement immédiat entre les mains du remettant, ou par la mise immédiate à sa disposition, de la valeur de l'effet (4).

Mais il faut prendre garde de ne pas s'arrêter à cette traduction extérieure de la volonté des parties et décréter qu'il

(1) *Revue Banque*, 1957, p. 707.

(2) Ferrounière et de Chillaz, n° 497, p. 463. Sur les difficultés soulevées par cette façon de procéder, voir *infra*, n° 170 et suivants.

(3) Voir *infra*, n° 170 et suivants.

(4) Sur les conséquences de la nécessité de mettre immédiatement à la disposition du remettant le produit de l'escompte, voir *infra*, n° 181.

y a escompte toutes les fois que la transmission de l'effet en propriété sera suivie du versement immédiat de sa valeur ou d'une inscription au crédit du remettant. Il faut pénétrer dans le for intérieur des contractants et rechercher si ce versement ou cette inscription réalisent une opération de crédit. C'est là une recherche d'intention délicate. Cependant, en partant de cette idée, il est possible de distinguer l'escompte :

- de l'achat de titre,
- de la remise d'un effet de commerce en paiement d'une dette antérieure.

I. - DISTINCTION DE L'ESCOMPTE ET DE L'ACHAT DE TITRE

89. — L'achat d'effet de commerce est peu courant. Un banquier peut toutefois acheter une lettre de change, un billet à ordre, pour spéculer sur le paiement plus ou moins aléatoire de l'effet à son échéance, ou bien il peut désirer se procurer un titre payable sur une place étrangère.

Ces opérations d'achat ont le même aspect extérieur qu'une opération d'escompte : un titre est transmis en propriété contre versement d'une somme d'argent. Cependant, nous avons déjà indiqué (1) qu'il existe une différence essentielle entre ces deux opérations. L'achat est une opération de spéculation ; le banquier n'a pas l'intention de mettre à la disposition de l'aliénant le montant nominal de l'effet ; il achète l'effet bon marché pour encaisser davantage à l'échéance, ou bien il l'achète cher en raison de l'utilité particulière que présente le titre.

— L'escompte, au contraire, par le biais de l'acquisition de l'effet, réalise une opération de crédit. Le banquier avance le montant nominal de l'effet sous la simple déduction de la rémunération normale du capital versé, et il entend que l'effet lui soit payé à l'échéance.

90. — L'intérêt de la distinction apparaît en cas de non-paiement de l'effet à son échéance (2).

— Dans l'achat, le banquier dispose seulement du recours cambiaire en garantie à l'encontre du remettant. Encore faut-il que le prix d'achat ne soit pas trop inférieur au montant nominal de l'effet, sinon la jurisprudence interprète avec raison cette différence excessive comme une renonciation au

(1) Voir *supra*, n° 51, p. 63, et n° 61, p. 79.

(2) Pour une autre différence entre les deux opérations, voir *infra*, n° 181. La compensation légale pourrait jouer entre la dette du prix et une créance antérieure, alors qu'elle ne peut jouer pour la dette née de la remise d'un effet à l'escompte.

recours cambiaire et une acceptation du risque d'insolvabilité : c'est alors une opération de spéculation à l'état pur.

Si le titre ne comporte pas de recours cambiaire, le banquier ne dispose d'un recours à l'encontre du remettant que dans la mesure où le non-paiement du titre est dû à l'inexistence de la créance et non pas à l'insolvabilité du débiteur cédé, sauf stipulation contraire évidemment.

— Dans l'escompte, outre le recours cambiaire, le banquier dispose à l'encontre du remettant d'un recours de droit commun en garantie pour le paiement du titre, en vertu de la clause sauf encaissement ; ce recours revêt une utilité particulière au cas où le recours cambiaire est perdu par négligence ou prescription, ou bien si le titre n'en comportait pas.

91. — Le plus souvent, ce sera donc le remettant qui aura intérêt à soutenir qu'il y a achat et non escompte. Mais il se heurtera le plus souvent à de graves difficultés de preuve ; la distinction entre les deux opérations est en effet malaisée à faire sur le plan pratique ; il est difficile en effet de déterminer exactement la volonté des parties.

Le montant de la somme remise au client sera quelquefois révélatrice du caractère de l'opération (1). En effet, le produit de l'escompte est toujours légèrement inférieur au montant nominal du titre ; mais la différence ne saurait être supérieure à la rémunération normale du capital avancé (théoriquement le montant nominal de l'effet) et le remboursement des frais occasionnés par l'opération. Dans l'achat, au contraire, le prix peut être disproportionné par rapport au montant du titre. Dès lors, si la somme remise au client est supérieure ou très inférieure au montant nominal du titre et ne peut correspondre à la rémunération normale du capital versé et aux frais, on peut conclure qu'il ne s'agit pas d'un escompte, mais d'un achat.

— Est-elle supérieure ? Le banquier a voulu acquérir un effet qui présente pour lui une utilité particulière, mais il n'avait pas l'intention d'en avancer le montant normal à son client.

— Est-elle inférieure ? On peut avancer que le banquier n'a pas eu confiance dans la valeur du titre, ni dans la solvabilité de son client (ce qui est essentiel pour qu'il y ait escompte), et a voulu spéculer sur le paiement plus ou moins aléatoire de l'effet à l'échéance.

Dans le cas où la somme versée peut constituer aussi bien le produit d'un escompte que le prix d'un achat, il faut

(1) Voir *infra*, n° 149.

présumer qu'il s'agit d'un escompte, cette opération étant beaucoup plus fréquente que l'achat d'un effet de commerce. La présence de la clause sauf encaissement révélera sans aucun doute possible le caractère d'escompte de l'opération considérée : elle est le signe de l'opération de crédit.

II. - DISTINCTION DE L'ESCOMPTE ET DE LA REMISE D'UN EFFET DE COMMERCE EN PAIEMENT D'UNE DETTE ANTÉRIEURE

92. — En théorie, il paraît absurde de distinguer l'escompte et la remise d'un effet en paiement d'une dette antérieure. Si ces deux opérations entraînent toutes deux transfert de propriété du titre, elles sont cependant absolument dissemblables. La remise en paiement ne réalise en aucune façon une opération de crédit ; elle a pour but d'éteindre une dette antérieure et ne comporte pas le versement immédiat à l'endosseur, ou la mise immédiate à sa disposition de la valeur du titre. Cependant, en pratique, lorsque l'effet est remis en paiement de la position débitrice d'un compte courant et est inscrit dans ce compte au crédit du remettant, l'opération a toutes les apparences d'un escompte en compte courant.

Au premier abord, l'hypothèse surprend. En effet, dans la conception traditionnelle du compte courant, l'indivisibilité de celui-ci implique nécessairement qu'une remise en compte ne puisse être considérée comme un paiement des remises effectuées en sens inverse (1). L'idée de paiement étant exclue, l'effet ne peut être remis en compte qu'à l'escompte. Mais souvent il y a loin des principes juridiques aux réalités concrètes, et il arrive, en effet, qu'une banque exige de son client qui ne lui inspire plus confiance, des remises d'effets qu'elle inscrit à son crédit, mais qui ont pour but unique d'effacer la position débitrice du compte. Ces remises d'effets portées au crédit du remettant, comme dans l'escompte, ne constituent pas des opérations de crédit, mais de véritables paiements de dettes non échues, puisque, par hypothèse, le compte n'est pas clos, et que les sommes inscrites au débit ne sont pas exigibles avant la clôture.

Dès lors, on saisit là l'intérêt de la distinction : de telles remises, si elles sont effectuées durant la période suspecte, doivent être déclarées inopposables de plein droit à la masse de la faillite du remettant, comme paiement de dettes non échues (art. 477, 2^{me} Code de Commerce, 446 ancien), alors que si l'on se fie aux apparences et si l'on admet qu'elles cons-

(1) Hamel, t. I, n° 379. Escarra et Rault, t. VI, n°s 474 et 494 ; Ripert, par Durand et Roblot, t. I, n° 1838 ; Escarra, *Cours*, n° 1345 ; R. Perce-rou, *Enc. D. D^e Com.*, V° Compte courant, n° 132.

tituent de véritables opérations d'escompte, elles peuvent être seulement déclarées inopposables à la masse comme actes à titre onéreux, en vertu de l'article 478 (447 ancien) (1).

Dans d'autres circonstances de fait, en vue de faire respecter la loi de la faillite, la Cour de Cassation a atténué la rigueur du principe de l'indivisibilité du compte, et n'hésite pas à restituer à la remise sa véritable nature de paiement (2). Si en principe, dit-elle, l'on ne peut considérer comme un paiement l'inscription d'un article de crédit dans un compte courant jusque-là débiteur et si, en conséquence, cette opération échappe à l'inopposabilité de droit de l'article 446 (477 nouveau) (3), c'est à la condition que cette inscription soit la constatation sincère d'une remise véritable, faite loyalement dans le cadre des prévisions du contrat initial de compte courant. « Ainsi, écrit M. le professeur H. Cabrillac, l'article 446 pourra s'appliquer lorsque l'article dépourvu de toute cause régulière n'a été qu'un simple artifice destiné à permettre à la partie qui en a provoqué l'inscription pendant la période suspecte, de se procurer une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers chirographaires. »

Il convient d'appliquer cette solution d'ordre général aux remises d'effets en compte courant, et de les déclarer inopposables à la masse de plein droit, dans la mesure où elles constituent en fait un véritable paiement des articles de débit, sans avoir à rechercher si le banquier avait une connaissance certaine et précise de l'état de cessation de paiement de son client. Les tribunaux peuvent donc avoir à déterminer si une remise d'effet en compte courant constitue une remise à l'escompte, comme les apparences le laissent croire, ou bien une remise en paiement des articles de débits déjà existants.

93. — Le partage entre les deux opérations sera, en fait, délicat à effectuer. Il s'agit là évidemment de questions d'espèce, mais il faut toutefois appliquer le critère indiqué par

(1) Sur l'application de l'article 447 (478) aux remises en compte courant, Hamel, t. I, n° 396; Escarra et Rault, t. VI, n° 524, et la jurisprudence citée par MM. Houin et Derrida, *Enc. D. D^e Com.*, V° Faillite, n° 1254. Adde, Paris, 26 mai 1959, G. P., 16, 18 septembre 1959.

(2) Cass. Civ., 15 juillet 1936, D. H., 1936, 443, Sem. Jur., 1936, 1006. Bastian, article au J. C. P., 1940, II, 178 (« L'indivisibilité du compte courant, d'après la jurisprudence actuelle », n° 11). Argenson, Toujas et Dutheil, *Règlements judiciaires et faillites*, n° 234. Houin et Derrida, *Enc. D. D^e Com.*, V° Faillite, n° 1114. Voir Cass. Com., 17 février 1959. Bull. Civ., 1959, III, 89. R. T. D^e Com., 1959, p. 916, n° 11. Obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

(3) Sur l'inapplicabilité de principe de l'article 446 (477 nouveau) : Civ., 10 mai 1865, D. 65, I, 230; Caen, 8 juillet 1854, D. 55, 2, 19; Hamel, t. I, n° 395; Escarra et Rault, t. VI, n°s 522 et 494; Ripert, t. I, n° 1838; *Enc. D. D^e Com.*, V° Faillite, n° 1113.

la Cour de Cassation et rechercher si la remise a été effectuée « dans le cadre des prévisions du contrat initial de compte courant ».

— Lorsque le remettant n'a pas la faculté de retirer les sommes inscrites à son crédit, et que le compte a fonctionné dans un sens unique, le banquier n'effectuant aucune remise, mais portant en compte celles effectuées par son client, on doit considérer qu'il y a paiement — soumis à l'inopposabilité de droit de l'article 477. — Il n'est plus possible, en effet, de parler d'escompte, d'opération de crédit, puisque le remettant ne peut disposer du montant de la remise. D'autre part, les parties ne sauraient invoquer les règles du compte courant, puisque d'elles-mêmes elles ont enfreint cette règle en n'en laissant pas le compte fonctionner conformément aux prévisions initiales, c'est-à-dire avec des remises réciproques (1).

Il n'en est pas de même lorsque le compte a continué de fonctionner normalement, chaque partie effectuant des remises. Le principe de l'indivisibilité doit recevoir son application normale, la remise d'effets ne peut plus être un paiement, mais seulement un escompte soumis à l'inopposabilité facultative de l'article 478.

Au demeurant, il faut bien le constater, l'intérêt de la distinction est plus théorique que pratique. En l'espèce, si les conditions d'application de l'article 477 sont réunies, celles de l'article 478 le seront également, du moins dans la majorité des cas. Le fonctionnement anormal du compte, dans un sens unique, suffira le plus souvent à établir que le banquier connaissait l'état de cessation de paiement (2). Le préjudice subi par la masse résulte du fait que, le banquier n'ayant effectué aucune remise, le montant de l'effet a été soustrait au gage de la masse. Cependant, au cas d'escompte et d'application de l'article 478, les magistrats ont un pouvoir souverain d'appréciation, qu'ils n'ont pas en matière de paiement et d'article 477.

(1) La Cour de Douai, dans un arrêt du 5 juillet 1956 (*R. T. D^e Com.*, 1956, p. 529, n° 33, obs. Houin) a adopté une solution originale. Elle admet que l'exécution anormale du compte équivaut à sa clôture, que les remises postérieures à cette clôture constituent le paiement du solde débiteur du compte. Elle les déclare inopposables à la masse de la faillite du remettant comme paiement de dettes échues, en application de l'article 447 ancien, la banque ayant manifestement eu connaissance de l'état de cessation de paiement, et les paiements reçus par elle ayant porté préjudice à la masse. La solution est justifiée en droit, mais il suffisait d'invoquer l'article 447 sans faire appel à l'idée discutée d'une clôture du compte courant.

(2) Voir cependant, *Enc. D. D^e Com.*, V° Faillite, Règlement judiciaire, n° 1223.

Section II. — Conditions de validité du contrat d'escompte tenant à la volonté des parties

94. — Si les parties ont eu la volonté de transférer la propriété du titre au banquier et de réaliser ainsi une opération de crédit, un contrat d'escompte s'est formé, sous réserve des conditions d'existence tenant aux autres éléments du contrat.

Mais pour que ce contrat soit valable et puisse produire ses effets normaux, il faut que le consentement des parties remplisse certaines conditions de validité. Si l'une de ces conditions fait défaut, l'une ou l'autre des parties, suivant le cas, pourra demander la nullité du contrat conclu, et s'il a été exécuté, le rétablissement des choses dans leur état antérieur.

Les conditions de validité du contrat d'escompte tenant au consentement concernent :

- 1° La capacité des parties ;
- 2° L'absence de vice entachant leur volonté.

Sous-section I. — La capacité des parties

I. - LA CAPACITÉ DU REMETTANT

95. — La capacité du remettant est une question plus théorique que pratique. Le banquier n'escompte que les effets de gens connus de lui, avec lesquels il travaille généralement en compte courant. Si un nouveau client se présente, le banquier ne manquera pas de prendre des renseignements sur son compte, sur sa solvabilité et la confiance qu'il mérite. Ses recherches l'amèneront à découvrir l'incapacité frappant son client éventuel.

Il n'y a évidemment aucune règle particulière réglementant la capacité des parties en matière d'escompte, et il faut appliquer purement et simplement les règles de droit commun. La question, cependant, est fort délicate. Nous étudierons les répercussions des différentes sortes d'incapacité sur la validité du contrat d'escompte.

A. - LE MINEUR

Deux hypothèses doivent être distinguées ; pour le remettant, le contrat d'escompte peut être :

- soit un acte de commerce,
- soit un acte civil.

Les solutions ne sont pas identiques dans les deux cas.

96. — a) *Le contrat d'escompte est généralement un acte de commerce*, car il porte le plus souvent sur une lettre de change commerciale par sa forme et exige un endossement pour la transmission de celle-ci au banquier (1).

Dès lors seuls peuvent valablement remettre cette lettre de change à l'escompte :

— Le mineur émancipé, âgé de 18 ans accomplis, autorisé à faire le commerce conformément à l'article 2 du Code de Commerce. La validité d'un tel escompte ne saurait être contestée, puisque le mineur commerçant est réputé majeur pour les actes de son commerce.

Le banquier n'aura même pas à prouver que le mineur a remis cette lettre à l'escompte pour les besoins de son commerce. Il bénéficie en effet de la présomption de commercialité établie par les articles 638, alinéa 2, et 632, alinéa 6 (théorie de l'accessoire), présomption renforcée par le fait que l'escompte est généralement pratiquée pour les besoins du commerce, et que la lettre de change intervient le plus souvent entre commerçants. Cependant, cette présomption est susceptible de preuves contraires (2), le banquier ne pourrait s'en prévaloir s'il savait que l'escompte de cet effet n'était point demandé par le mineur pour les besoins de son négoce (3). On doit alors considérer les hypothèses suivantes.

— Le mineur émancipé, âgé de 18 ans accomplis, qui, sans être autorisé à faire le commerce, a été autorisé, conformément à l'article 3 du Code de Commerce, à accomplir telle opération d'escompte, acte de commerce. Il faut, croyons-nous, que l'autorisation du père, de la mère ou des autorités de tutelle porte expressément sur le contrat d'escompte. On ne saurait considérer comme valablement autorisé le mineur qui est seulement habilité à passer un acte civil ou commercial à l'issue duquel il reçoit la traite remise à l'escompte. En effet, en endossant cette lettre de change au banquier escompteur, il s'oblige solidairement avec les autres signataires, de la solva-

(1) Le contrat d'escompte est un acte de commerce, même si le remettant n'endosse pas l'effet au banquier escompteur, par exemple si, l'effet étant déjà endossé en blanc, il le remet par simple tradition. Il y a un rejaillissement du caractère commercial de la lettre de change sur le contrat dont elle est l'objet.

(2) Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. II ; *Les Personnes*, par R. et J. Savatier, n° 646 ; Lescot et Roblot, t. II, n° 124, p. 147.

(3) De cette hypothèse, il faut distinguer le cas où l'escompte porte sur une traite nulle à l'égard du mineur comme excédant sa capacité (traite qu'il a tiré sur l'acheteur de l'un de ses immeubles qu'il a aliénés sans y avoir été autorisé). La traite est nulle et le mineur ne sera pas tenu cambiairement. (Lescot et Roblot, t. I, n° 124.) Mais le contrat d'escompte a pu être conclu pour les besoins de son commerce et entre dès lors dans les limites de sa capacité.

bilité desquels il va répondre désormais dans les conditions rigoureuses du droit cambiaire (1). Cependant, croyons-nous, si le mineur a été autorisé à tirer une traite sur son débiteur, on peut admettre qu'il a été autorisé par là à la remettre à l'escompte, celui-ci est le prolongement naturel et souvent la seule raison de l'émission d'une traite. La seule question qui peut se poser alors, c'est de savoir s'il avait capacité de recevoir seul les capitaux mobiliers résultant de l'escompte. Si la traite a été tirée en règlement d'une créance représentant les revenus du mineur, il faut répondre par l'affirmative (art. 481 du Code civil) ; s'il s'agit d'une créance représentant le capital du mineur, par la négative (art. 482 du Code civil).

97. — En dehors de ces deux hypothèses, si le mineur n'était pas émancipé et âgé de plus de 18 ans, ou si, émancipé, il n'était pas autorisé à faire le commerce ou spécialement autorisé à réaliser cet escompte, non seulement son engagement cambiaire est nul (art. 114 du Code de Commerce), mais encore le contrat d'escompte lui-même.

Cet escompte d'une lettre de change n'est pas seulement rescindable pour cause de lésion (art. 1305 du Code civil), il est nul pour violation des formes prescrites par les articles 2 et 3 du Code de Commerce pour la réalisation des actes de commerce (2).

Il s'agit, évidemment, d'une nullité relative de protection que seul le mineur ou son représentant peuvent invoquer. Ces derniers peuvent donc, en dehors de toute lésion, agir en nullité et demander au banquier qu'il restitue l'effet ou son montant (3), le mineur n'étant tenu envers le banquier pour la somme reçue que dans la mesure de son enrichissement au sens de l'article 1312 du Code civil.

Si le mineur s'était rendu coupable envers le banquier d'un véritable délit pour faire croire qu'il était majeur, il ne peut agir en nullité, car aux termes de l'article 1310 du Code civil, il n'est point restituable contre les conséquences de ses délits ou quasi-délits.

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 125.

(2) Jurisprudence et doctrine sont unanimes sur ce principe. Civ., 7 mars 1922, D. 1922, I, 169 ; S. 1922, I, 145, note Lyon-Caen ; Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 230, 1 ; Hamel et Lagarde, t. I, n° 350 ; Escarra et Rault, t. I, n° 296 et 298 ; Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. I, par R. et J. Savatier, n° 589.

(3) Au cas de réescompte, sur la protection du banquier réescompteur, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 747. Le droit de revendication de l'incapable ne sera écarté que « si l'on se trouve en présence d'un porteur, non seulement de bonne foi, mais encore contre lequel aucune faute, même légère, ne peut être relevée » (p. 208).

98. — Interdit au mineur, l'escompte d'une lettre de change, acte de commerce, ne peut être réalisé par son représentant légal, tuteur ou administrateur légal. C'est en effet un principe de notre droit positif que le mandataire légal d'une personne en état de minorité ne peut accomplir des actes de commerce au nom et pour le compte de son mandant qui ne l'a pas choisi (1). Cette règle présente en la matière de sérieux inconvénients « si le tuteur trouve dans une succession dévolue à son pupille des effets de commerce, et que ces effets ne soient pas encore échus, il n'a pas la faculté de les présenter à l'escompte d'un banquier, il lui faut attendre l'échéance pour en percevoir le montant » (2). Il en est ainsi même si le tuteur a la possibilité de remettre ces effets au banquier sans les endosser (au cas où la lettre de change est déjà endossée en blanc). En effet, l'impossibilité de représentation déduite de l'article 3 du Code de Commerce s'applique à tous les actes de commerce et pas seulement à l'endossement, et en l'espèce l'escompte est toujours un acte de commerce en raison de son objet (3). Si le tuteur réalise tout de même un tel escompte, il est certain que le banquier escompteur n'a aucun recours contre les biens du mineur, ni le recours issu de l'endossement, ni le recours né du contrat d'escompte. Ce mineur peut même revendiquer l'effet ou son montant entre les mains du banquier, le représentant légal demeurant évidemment responsable envers le banquier des sommes qu'il a reçues (4).

99. — b) *Mais le contrat d'escompte peut être un acte civil s'il porte, par exemple, sur un chèque, un billet à ordre, un bon du Trésor ou une créance ordinaire.*

— Un tel escompte rentre, selon nous, dans la catégorie des actes que le mineur émancipé peut accomplir seul.

La solution est certaine pour le mineur émancipé par le mariage puisque l'article 4, alinéa 2 de la loi du 27 février 1880 lui donne le pouvoir d'aliéner sans autorisation ses meubles incorporels.

Mais en est-il de même pour le mineur émancipé au cours de la tutelle ? Le premier alinéa de l'article 4 de la loi de 1880 semble s'y opposer, puisqu'il exige l'autorisation du conseil de famille pour l'aliénation des meubles incorporels et même l'homologation du tribunal au-dessus de 1 000 000 francs.

(1) Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. I, par R. et J. Savatier, n° 554 ; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 22-236, t. IV, n° 497.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 133, p. 156, et n° 269, p. 297 ; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 234.

(3) Voir *supra*, p. 124, note 1.

(4) Sur la non-application au représentant d'un incapable de l'article 114, alinéa 3 ; voir Lescot et Roblot, t. I, note 3, p. 166.

Il ne faut pas, croyons-nous, appliquer sans discernement cette disposition à l'opération d'escompte. La loi vise principalement les valeurs mobilières, obligations, actions, qui représentent le capital du mineur. Il est normal que celui-ci ne puisse en disposer librement, même assisté de son curateur.

Mais il ne semble pas, malgré la généralité des termes « meubles incorporels », que le législateur ait entendu viser les titres, chèques, billets à ordre qui sont remis à l'escompte et qui représentent le plus souvent des créances constituant les revenus des mineurs. Il serait paradoxal que le mineur puisse toucher le chèque émis par son locataire en paiement de son loyer, et ne puisse le remettre à l'escompte si les nécessités de l'administration de ses biens exigeaient un avoir liquide immédiat. Des actes beaucoup plus graves sont permis au mineur émancipé pour les besoins de son administration.

La distinction suivante semble donc s'imposer :

— Si le titre escompté représente le capital du mineur (bons du Trésor, billets à ordre), celui-ci ne pourra les remettre à l'escompte. Il ne pourrait d'ailleurs recevoir seul le capital mobilier que ces titres représentent s'il attendait leur échéance (art. 482 Code Civil).

— Si le titre escompté (billet à ordre, chèque) représente une créance constituant le revenu du mineur, il faut déclarer l'escompte valable.

100. — Nous rencontrerons une difficulté analogue lorsque l'escompte est accompli par un mineur non émancipé. Cet escompte, acte civil, est-il seulement rescindable pour cause de lésion ou nul pour vice de forme ?

Si le mineur est soumis à l'administration légale de son père ou de sa mère, la question n'offre pas de difficultés, si le titre est inférieur à 1 000 000 francs, puisque le père ou la mère peut aliéner seul les meubles incorporels d'une valeur inférieure. Conformément au principe admis, cet acte n'étant soumis à aucune règle de forme particulière, sera seulement rescindable pour cause de lésion s'il est accompli par le mineur.

Mais que faut-il décider lorsque l'effet dépasse 1 000 000 F ou lorsque le mineur est en tutelle ? L'article premier de la loi de 1880 exige, pour une telle aliénation, l'autorisation du conseil de famille et même l'homologation du tribunal. Si l'escompte est pratiquée par le mineur, il faudrait donc le déclarer nul pour violation des formes habilitantes.

Cependant, on peut reprendre ici l'argumentation développée pour le mineur émancipé et opérer la même distinction.

— Si le titre escompté représente le capital du mineur, l'aliénation ne pourrait se faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; le contrat d'escompte réalisé par le mineur est donc nul et non pas rescindable.

— Si le titre escompté représente une créance constituant les revenus du mineur, le tuteur peut en disposer seul. Aucune forme habilitante n'étant exigée, l'acte accompli par le mineur est seulement rescindable pour cause de lésion.

En toute hypothèse, le mineur n'est tenu de la somme versée par le banquier que dans la mesure de son enrichissement. Il faut tenir compte également de l'article 1310 du Code civil.

101. — Le représentant légal du mineur peut évidemment réaliser valablement un tel escompte dans la mesure où il peut aliéner seul les meubles incorporels du mineur (père, administrateur légal, pour les valeurs inférieures à 1 000 000 francs anciens). Dans les cas où une autorisation du conseil de famille et même une homologation du tribunal était nécessaire pour l'aliénation de ces meubles incorporels, il faut reconnaître encore au représentant la possibilité de réaliser un tel escompte dans la mesure où l'effet de commerce représente les revenus du mineur et non une partie de son capital.

B. - LES ALIÉNÉS, LE PRODIGE ET LE FAIBLE D'ESPRIT

102. — L'application des principes du droit civil ne soulève ici aucune difficulté.

— Tout acte passé par l'interdit est « nul de droit » (art. 502 du Code civil). Il n'y a pas à distinguer suivant que l'escompte est un acte de commerce ou un acte civil, et le tuteur pourra agir dans tous les cas en nullité de l'opération. Le banquier sera tenu de restituer l'effet escompté ou son montant, le patrimoine de l'interdit n'étant tenu de restituer la somme versée par le banquier que dans la mesure de son enrichissement (art. 1312).

Une solution identique s'impose pour la remise à l'escompte accomplie par le prodigue ou un faible d'esprit sans l'assistance de son conseil judiciaire.

— Quant à l'aliéné non interdit, mais interné, s'il vient à remettre un titre à l'escompte (hypothèse difficile à concevoir), il faut appliquer l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 qui permet de faire prononcer par le tribunal la nullité d'une telle convention.

Pour l'aliéné non interdit ni interné, l'acte sera nul s'il n'a pas été passé durant un intervalle lucide ; l'hypothèse est ici encore difficile à concevoir.

Les représentants légaux de l'interdit et de l'aliéné interné ne peuvent, croyons-nous, réaliser une opération d'escompte si elle constitue un acte de commerce (1). Lorsque l'opération a un caractère civil il faut leur reconnaître le pouvoir de l'accomplir si le titre remis à l'escompte représente les revenus de l'interdit ou de l'aliéné.

C. - LE FAILLI

103. — Tous les actes d'administration ou de disposition qui ont été faits par le débiteur seul après le jugement déclaratif de faillite sont inopposables à la masse. Il est donc certain que la remise à l'escompte par le failli d'un effet qu'il détient encore est inopposable à la masse ; le banquier, même de bonne foi (2), serait obligé de restituer le titre ou sa valeur nominale au syndic (3).

Il y a là un grave danger pour les banques qui peuvent ignorer que leur client vient d'être déclaré en faillite. Le remettant ne manquera pas de retirer immédiatement le produit de l'escompte, et le banquier n'a pratiquement aucune chance de récupérer les sommes qu'il lui a versées. N'étant pas créancier dans la masse, il ne peut pas produire à sa faillite. Il ne peut espérer que dans un retour de son client à meilleure fortune.

La même inopposabilité frappe la remise à l'escompte faite par le commerçant soumis au règlement judiciaire sans l'assistance de l'administration.

Le syndic a-t-il le droit de remettre à l'escompte des effets appartenant au débiteur failli privé lui-même de cette prérogative par le dessaisissement ?

— La pratique répond généralement par l'affirmative ; elle assimile l'opération d'escompte au recouvrement de l'effet et s'appuie sur l'article 491, 2^me alinéa (art. 471, 2^me alinéa, ancien) qui autorise le syndic à opérer seul un tel recouvrement.

— Cette opinion paraît critiquable. La doctrine la plus autorisée exige l'autorisation du juge commissaire. L'article 498 (art. 496 ancien) fait une obligation au syndic de se munir de cette autorisation pour procéder à la vente des effets mobiliers, ce qui comprend manifestement les meubles incor-

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 134, p. 157.

(2) Sur ce principe, cf. Req., 16 novembre 1887, D. P. 88, I, 325 ; Civ., 28 novembre 1906, D. P. 1907, I, 64 ; Req., 26 décembre 1944 ; J. C. P. 1945, 4, 30.

(3) Pour la protection des tiers acquéreurs de l'effet (un banquier réescompteur par exemple), voir Montpellier, 19 avril 1950, *Banque*, 1951, p. 172, X. Marin ; R. T. D^e Com., 1950, p. 473, obs. Houin.

porels comme les créances et les effets de commerce ; à ce point de vue, l'escompte doit être rapproché d'une vente plutôt que d'un recouvrement. Au surplus, il n'appartient pas, en principe, au syndic agissant sans autorisation, d'engager la masse, ce qu'il ferait en réalisant une opération d'escompte (garantie cambiaire et garantie de la bonne fin).

D. - LA FEMME MARIÉE

104. — Depuis la loi du 22 septembre 1942, la femme est désormais capable d'accomplir seule tous les actes juridiques, qu'il s'agisse d'actes civils ou d'actes de commerce. La remise à l'escompte d'un titre quelconque, lettre de change ou autre, sera toujours valable. Le seul problème qui se pose est de savoir sur quels biens le banquier pourra se faire payer.

Signalons, à ce sujet, une discussion doctrinale à propos des effets de l'opposition du mari à l'exercice par sa femme d'un commerce séparé sur la validité des actes passés par cette dernière. L'article 223 du Code civil dispose que les engagements pris par la femme dans l'exercice de sa profession, après l'opposition du mari, sont nuls à l'égard de ce dernier.

De nombreux auteurs (1), interprétant ce texte obscur, soutiennent que l'acte est valable mais inopposable au mari, ce qui se traduit, sous les régimes de communauté, par l'impossibilité pour les créanciers de poursuivre les biens communs et les propres du mari.

D'autres auteurs soutiennent (2) que le mari peut agir en nullité de l'acte, nullité qui, une fois prononcée, produirait ses effets à l'égard de tous, y compris la femme. En matière d'escompte, cette nullité serait le plus souvent dépourvue d'intérêt pratique puisque la femme serait obligée de restituer les sommes que lui a versées le banquier.

Indiquons que la nullité de l'acte, ou son inopposabilité au mari, ne peut jouer à l'encontre du cocontractant de bonne foi qui a ignoré l'opposition du mari (3). La solution est intéressante pour le banquier escompteur de bonne foi qui pourra ainsi poursuivre les biens communs et les propres du mari en cas de non-paiement à l'échéance.

(1) Juliot de la Morandière, *Traité de Colin et Capitant*, t. I, n° 699, et chronique au D. C. 1943, p. 16 ; Planiol et Ripert par Rouast, t. II, n° 389 bis.

(2) Hamel et Lagarde, t. I, n° 359.

(3) Juliot de la Morandière, *Chronique D. C.*, 1943, p. 16.

II. - CAPACITÉ DE L'ESCOMPTEUR

105. — Pour l'escompteur, l'escompte, serait-il accompli à l'état isolé et par un non-commerçant, est toujours un acte de commerce. L'article 632 du Code de Commerce déclare acte de commerce « toute opération de banque » et l'escompte rentre manifestement dans cette catégorie (1) ; la législation sur l'organisation bancaire, qui présente l'escompte comme un des actes essentiels de l'activité bancaire, ne laisse aucun doute à cet égard.

L'escompteur doit donc avoir la capacité d'accomplir des actes de commerce. Il suffit d'appliquer purement et simplement les principes du droit commun tels que nous les avons précédemment rappelés. Il est inutile d'y revenir ici.

La question de la capacité de l'escompteur peut sembler purement théorique et dénuée d'intérêt pratique. L'escompte est en effet pratiquée le plus souvent par des établissements bancaires inscrits par le Conseil national du Crédit sur la liste des banques ou des établissements financiers : leur capacité ne fait aucun doute.

Cependant, des personnes non inscrites sur la liste des banques et des établissements financiers peuvent accomplir, à titre occasionnel, des opérations d'escompte (2) et, dès lors, la question de leur capacité reprend de l'intérêt. La jurisprudence n'a cependant pas eu à connaître de cette question.

Si un individu pratique, d'une façon habituelle, les opérations d'escompte et s'il n'est pas inscrit, par le Conseil national du Crédit, sur l'une ou l'autre liste, il est en infraction et passible des peines prévues à l'article 21 de la loi du 13 juin 1941, et par l'article 6 de la loi du 14 juin 1941. Mais, croyons-nous, cette infraction à la législation sur l'organisation bancaire ne saurait invalider les opérations accomplies par cet individu ou cette entreprise, s'ils ont la capacité d'effectuer des actes de commerce.

Sous-section II. — Absence de vice entachant la volonté des parties

106. — En matière d'escompte, la question des vices du consentement présente peu d'intérêt pratique. Certes, le banquier

(1) Jauffret, *Enc. Dalloz D^e Com.*, V^o Acte de commerce, n^o 270.

(2) Article 12 de la loi du 4 juin 1941 ; une partie de la doctrine italienne considère comme une condition essentielle de l'escompte la participation d'une banque : Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949, n^o 23, p. 75, n^o 27, p. 93, et n^o 28, p. 96. Cependant, en sens contraire, Donadio, *Lo sconto*, Milan, 1948, n^o 1, p. 7, et Messineo, *La natura giuridica del contratto di sconto, dopo la riforma del Codice civile, Banca, borsa e titoli di credito*, 1943, I, p. 22, note 1.

dont le consentement a été vicié peut demander l'annulation du contrat et la remise des choses dans leur état antérieur, sans attendre l'échéance de l'effet escompté, mais le procès en annulation sera généralement plus long que le temps restant à courir jusqu'à l'échéance ; le banquier a dès lors avantage à considérer l'opération comme valable, et à demander le paiement du titre en exerçant, au besoin, ses recours de garantie contre le remettant. Il évitera ainsi les difficultés d'un procès en nullité. Le remettant dont le consentement a été vicié a également peu d'intérêt à demander l'annulation de l'opération : le contrat annulé, il sera obligé de restituer la somme escomptée, simplement il ne supportera pas les agios d'escompte. L'hypothèse d'un vice du consentement du remettant est d'ailleurs une hypothèse d'école. On voit mal un banquier se livrer à des actes de violences, à des manœuvres frauduleuses pour convaincre un client de demander l'escompte d'un effet de commerce.

La question ne présente d'intérêt qu'en matière de crédit d'escompte. Le banquier s'est engagé à escompter les effets que lui présenterait le remettant ; il peut avoir intérêt à faire tomber cet engagement en invoquant que son consentement est entaché d'erreur, ou a été surpris par les manœuvres dolosives de son client. Le problème revêt également un certain intérêt en matière d'escompte à forfait (voir *infra* n° 220).

107. — On peut concevoir, tout d'abord, une erreur sur la personne du remettant. Le banquier a cru contracter avec tel commerçant, il a contracté avec un autre par suite d'une homonymie. Dans une telle hypothèse, l'erreur sera toujours une cause d'annulation : le contrat d'escompte étant basé sur la confiance du banquier dans le remettant, la considération de la personne est déterminante.

L'erreur peut porter, non pas sur l'identité de la personne, mais sur l'une de ses qualités. Par exemple, un crédit d'escompte a été consenti à un industriel que le banquier croyait être un ingénieur qualifié alors qu'il n'en est rien. Le juge devra, pour annuler le crédit d'escompte, rechercher si la considération de cette qualité absente a été déterminante de la volonté du banquier.

L'erreur sur la substance, au sens de l'article 1110 du Code civil, est par contre difficilement concevable. On peut imaginer toutefois un banquier qui, lors de l'ouverture du crédit d'escompte, n'avait accepté que du « papier commercial » et a, par erreur, admis à l'escompte un effet financier.

108. — Plus vraisemblables sont les hypothèses où le consentement du banquier a été vicié par le dol du remettant.

— Ainsi, l'individu qui remet à l'escompte un effet de complaisance à l'insu du banquier, commet un dol (1). Les tribunaux n'hésiteront pas d'ailleurs à condamner pour escroquerie le commerçant qui se livre à de telles pratiques (2), or l'escroquerie suppose le dol. Mais, en pratique, en dehors de l'hypothèse d'un tirage sur le bottin, la nature illicite de l'escompte n'apparaîtra généralement qu'à l'échéance, et la demande d'annulation ne présentera pour le banquier aucun intérêt ; il préférera agir en paiement.

— La demande en nullité pour vice du consentement présente un intérêt évident dans l'escompte à forfait où le banquier ne dispose pas de ses recours contre le remettant et supporte le risque d'insolvabilité du tiré, généralement domicilié à l'étranger (3). Le remettant a pu se livrer à des manœuvres dolosives pour persuader le banquier que le tiré était parfaitement solvable. Le banquier peut certainement agir en nullité pour dol, mais peut-il demander seulement la nullité de la convention de forfait (renonciation à la garantie du remettant), ou doit-il demander la nullité de toute l'opération d'escompte ? Au premier cas, il peut exercer son recours cambiaire, et son recours fondamental contre le remettant. Au second cas, il ne pourra demander que le remboursement de la somme escomptée et des dommages-intérêts, mais ne pourra conserver l'effet qu'au titre du droit de rétention (4).

Nous penchons pour la première solution, car le dol du remettant a surtout pour objectif principal la conclusion de la convention de forfait ; seule celle-ci doit être annulée.

(1) Renaud, n° 93, p. 106, *in fine*.

(2) Voir Lescot et Roblot, t. II, n°s 999 et suivants ; Hamel, t. II, n° 1049.

(3) Voir *infra*, n°s 214 et suivants.

(4) La possibilité d'exercer les recours cambiaires présente un intérêt considérable pour le banquier. Il bénéficie de la solidarité cambiaire qui lie les divers signataires et d'avantages appréciables au cas de contrepassation.

CHAPITRE II

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE TENANT AU TITRE

109. — Le contrat d'escompte ne se conçoit pas sans un titre ou une créance que le remettant transmet en toute propriété au banquier escompteur. Mais encore faut-il, pour qu'il y ait véritablement escompte, que ce titre ou cette créance présente certaines caractéristiques essentielles. Ce sont ces conditions d'existence du contrat d'escompte qu'il faut préciser en premier lieu.

Cependant, même lorsque le titre présente les caractères requis, le contrat d'escompte peut n'être point valable en raison des vices qui entachent le titre ou les droits que le remettant avait sur lui.

Section I. — Conditions d'existence du contrat d'escompte tenant au titre

110. — La structure de l'opération d'escompte permet de déterminer les caractères que doit présenter l'objet de l'obligation du remettant. L'escompte, avons-nous dit, est une opération de crédit dans laquelle le banquier anticipe sur le paiement d'un titre et en verse immédiatement le montant nominal, sous la simple déduction d'un intérêt, contre son transfert en propriété. Il sera remboursé de son avance par le paiement du titre à son échéance. Pour répondre à ce mécanisme, et par suite pour pouvoir être escompté, il faut donc en premier lieu que le titre représente une créance de somme d'argent, liquide, et dont la date d'exigibilité soit connue.

Le banquier accepte de réaliser l'opération à des conditions plus avantageuses que le prêt, car en contrepartie de son avance, il acquiert un titre dont la valeur ne repose pas exclusivement sur la solvabilité du remettant, et qui, par là

même, lui donne l'assurance, dans une certaine mesure, d'être remboursé de son avance. Il faut donc, en second lieu, que le titre confère au banquier escompteur le droit d'exiger le paiement d'un ou de plusieurs tiers.

De plus, comme le banquier acquiert le titre en contrepartie de son avance, il est nécessaire que ce titre existe avant l'escompte. Il doit être « présenté à l'escompte » et ne doit pas être émis pour mobiliser la créance du banquier résultant de l'avance. C'est le problème de la distinction de l'escompte et de la création d'« effet de mobilisation ».

*Sous-section I. — Le titre escompte doit représenter
une créance de somme d'argent liquide et dont
la date d'exigibilité est connue*

111. — En général, les auteurs ne mentionnent pas cette condition car elle va de soi (1). De par son mécanisme, l'escompte ne peut porter que sur des titres constatant une créance d'un montant déterminé, ce qui suppose nécessairement une créance de somme d'argent, liquide, et dont la date d'exigibilité est connue. Si le banquier ne connaît pas le montant qu'il encaissera, ou s'il ne sait pas à quelle date il pourra l'encaisser, il lui est impossible d'avancer exactement ce montant, et de calculer exactement sa rémunération ; l'opération revêt un caractère incertain, aléatoire, spéculatif même, qui est exclusif de l'idée d'escompte. Pour que le titre soit susceptible d'être escompté, il suffit que cette double incertitude soit levée.

Remarquons que, pour qu'il en soit ainsi, il n'est point nécessaire que la date d'échéance du titre se situe dans l'avenir, elle peut être antérieure à l'opération d'escompte ; il suffit que la date d'exigibilité du titre soit connue pour permettre au banquier de s'engager en connaissance de cause. C'est une exigence arbitraire que de n'admettre à l'escompte que des titres ou des créances non encore échus (2). L'encaissement

(1) Voir cependant M. Minervini (*Lo sconto bancario*, Naples, 1949, n° 23, p. 76 B) qui remarque que la lettre de l'article 1858 du Code civil italien, relatif à l'escompte des créances « extra cartolare » n'exige pas qu'il s'agisse d'une créance de somme d'argent, mais que cette exigence ne fait aucun doute.

(2) On trouve cette exigence dans la définition de l'escompte donnée par la plupart des auteurs. D'après l'article 1858 du Code civil italien : « Lo sconto e il contratto col quale la banca previa deduzione dell'interesse anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto... » Cependant, l'article 1859 admet l'escompte des chèques, ce qui est assez contradictoire. En Espagne, J. Garrigues, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, p. 265 et 266. En Belgique, Henrion et Simonet, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, Bruxelles, 1960, n° 69, p. 107.

de tels titres ou de telles créances exige toujours un certain laps de temps ; leur titulaire peut avoir un besoin immédiat des fonds qu'ils représentent, et aucun obstacle juridique n'empêche le banquier de les escompter, c'est-à-dire d'en avancer le montant nominal contre leur cession en toute propriété. C'est là un véritable escompte : il y a bien opération de crédit puisque le banquier paie par anticipation un titre qu'il n'a pas encore encaissé.

On a objecté que la rémunération du banquier ne serait plus un intérêt, puisque la créance est exigible, mais une sorte de commission d'encaissement, et que par suite on ne pourrait plus parler d'escompte, au sens juridique du terme, mais d'une simple modalité d'encaissement (1). C'est, croyons-nous, attribuer une importance trop grande à la méthode de calcul de l'agio (2) ; il nous semble plus essentiel de relever l'anticipation sur l'encaissement effectif accomplie par le banquier, anticipation qui est le propre de l'escompte.

Constitue donc un véritable escompte, l'escompte des chèques, des traites à vue ou déjà échues (3).

112. — Ainsi ne présentent pas les caractères requis et sont exclus du domaine de l'escompte, les effets représentatifs de marchandises tels que les connaissements, les récépissés de chemins de fer, les récépissés délivrés par les magasins généraux (4). Ces titres donnent seulement à leur titulaire le droit d'exiger d'un tiers (capitaine de navire, transporteur, magasin général) la remise des marchandises qui lui ont été confiées et non pas le paiement d'une somme d'argent. Certes, ces

(1) J. Garrigues, p. 265 et 266. Voir également les travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce, t. IV, p. 378, à propos de l'escompte des chèques, simple « modalité d'encaissement ».

(2) Ainsi que le remarquent MM. Henrion et Simonet (n° 69, p. 105) : « Il y a une certaine confusion entre le procédé de calcul adopté en matière d'escompte et l'institution commerciale qui porte ce nom. » Ainsi, il n'y a pas escompte toutes les fois que la rémunération du banquier est calculée comme dans l'escompte proprement dit (voir *infra* la mobilisation des crédits bancaires). A l'inverse, il peut y avoir escompte, même lorsque le mode de calcul n'est pas celui traditionnellement employé. Au surplus, même en matière d'escompte de chèque, ou de traite à vue, l'agio est toujours calculé comme un intérêt, mais sur un nombre de jours minimum fixé par avance (10 ou 15 jours).

(3) L'escompte de chèque est admis expressément par l'article 1859 du Code italien, par l'article 66 du règlement de la Banque d'Espagne. En France, l'affirmative ne fait aucun doute : J. Savatier, note au D. 1955, J. 133 ; H. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, n° 142 ; Ferronnière et de Chillaz, n° 273, p. 248 ; Petit-Dutaillis, n° 400, p. 270 ; Terrel et Lejeune, p. 60 ; *Enc. D. D^t Com.*, V^e Escompte, n° 5, Henri Germain-Martin. L'escompte des traites à vue est admis sans discussion.

(4) En ce sens, Petit-Dutaillis, n° 400, p. 270 ; H. Henri Germain-Martin, *Enc. D. D^t Com.*, V^e Escompte, n° 4.

marchandises ont une valeur déterminable, même déterminée, qui est parfois mentionnée sur le titre (récépissé de magasin général), et l'on pourrait penser que le banquier peut avancer cette valeur, qu'il récupérerait par la vente des marchandises, en un mot qu'il pourrait escompter ces titres. Cependant, le banquier ne serait pas certain de récupérer exactement la somme avancée, les cours peuvent varier, il risque de ne pas trouver immédiatement un acheteur, les marchandises peuvent déprimer ; or, l'escompte suppose un titre susceptible de procurer à son titulaire, à une date fixée, une somme d'argent d'un montant exactement déterminé. On vend, on achète des marchandises, mais on ne peut anticiper sur leur paiement. Ces titres peuvent seulement faire l'objet d'opérations de crédit qui, par leur nature, ne donnent pas au créancier le droit d'exiger d'un tiers le remboursement de son avance, comme le donne l'escompte, mais uniquement le droit de se retourner contre le crédit, comme dans le prêt sur gage ou la vente à réméré.

113. — Sont également exclus du domaine de l'escompte, les titres émis par les différentes sortes de sociétés en représentation du capital social : actions, parts d'intérêt. Ces titres comportent bien la mention de leur valeur nominale, mais des raisons majeures s'opposent à ce qu'ils puissent être escomptés. Ils ne représentent pas une créance de somme d'argent contre la société, que le banquier pourrait payer par anticipation, mais confèrent des droits dans la société, ils expriment le droit de participer à une entreprise commerciale. C'est seulement lors de la liquidation de la société qu'ils se réduisent en une créance de somme d'argent, et jusque-là, le porteur ne peut exiger de la société le paiement du montant nominal ; pour en tirer monnaie le banquier serait obligé de les vendre. Au surplus le montant nominal du titre ne correspond pas à sa valeur réelle, qui est très difficile à déterminer. Tous ces caractères sont exclusifs de la possibilité de l'escompte. Leur acquisition au comptant est soit un achat à caractère spéculatif, soit la première démarche d'une opération de crédit particulière, le report.

114. — A la différence des actions ou des parts d'intérêt, les obligations, les coupons d'intérêts, sont susceptibles d'être escomptés dans la mesure où leur montant et leur date d'exigibilité sont connus (1). Il en va de même pour les « bons de caisse » émis par certaines banques, et certains effets publics,

(1) Les obligations à lot ou remboursables par tirage au sort ne sont donc pas escomptables. Sur l'escompte des coupons, voir Renaud, n° 103, et Rousseau, note au S. 1922, 2, 97, sous Trib. Com. Seine, du 26 juin 1920.

tels que les Bons du Trésor. Généralement, ces divers titres ne sont escomptés par un banquier que s'ils sont à une échéance rapprochée : l'escompte est, par sa nature, une opération de crédit à court terme. L'éloignement du terme augmente les aléas de l'opération et lui ôte dans une certaine mesure sa sécurité et son caractère d'opération de crédit pour la rapprocher d'un achat de valeur mobilière. Il faut tenir également compte de la possibilité de réescompte, tout au moins pour les effets publics. L'opération d'escompte, théoriquement possible sur des titres de crédit à échéance éloignée, n'est pas en pratique concevable, et, sauf stipulation expresse, il faut voir dans leur transfert au comptant une opération d'achat.

115. — L'objet par excellence de l'escompte est l'effet de commerce proprement dit, lettre de change, billet à ordre, warrant, chèque. Juridiquement et techniquement, il est le plus apte à être escompté. D'un montant toujours déterminé, à échéance nettement fixée et généralement rapprochée, l'effet de commerce confère au banquier escompteur tous les avantages du droit cambiaire : rapidité et sécurité des transmissions, inopposabilité des exceptions, garantie solidaire de tous les signataires y compris le remettant. Ainsi s'explique qu'historiquement l'escompte ait porté exclusivement sur les effets de commerce, et que certains auteurs l'aient assimilé à un endossement (1).

116. — L'escompte, cependant, s'est détaché peu à peu des effets de commerce et du droit cambiaire. Il est devenu un contrat autonome portant sur des titres négociables, catégorie plus large que les effets de commerce. La Commission de réforme du Code de Commerce a entériné cette évolution (2). Mais il faut aller plus loin encore et admettre l'escompte des créances, même non incorporées dans un titre négociable, dès lors qu'il s'agit de créances de sommes d'argent, liquides, dont la date d'exigibilité est connue. Il faut, toutefois, se garder de confondre aptitude juridique et aptitude technique à être escompté. Sur le plan juridique, l'escompte des créances pures et simples est parfaitement possible (l'article 1858 du Code civil italien en est la meilleure preuve), mais sur le plan technique un tel escompte n'aura jamais la faveur des banquiers. Il

(1) Voir *supra*, nos 10 et suiv. MM. Ferronnière et de Chillaz écrivent (n° 269, p. 243) : « L'escompte est une forme de crédit assise sur le droit du change. » Tous les auteurs relèvent avec raison l'importance du droit cambiaire en matière d'escompte. Petit-Dutaillis, nos 401, 404 et suivants.

(2) Article premier du projet, *Travaux*, t. IV, p. 388 : « L'escompte est la convention par laquelle le banquier s'oblige à payer par anticipation au porteur le montant d'effets de commerce ou autres titres négociables à échéance déterminée... »

est en effet nécessaire de recourir aux modes de transmission du droit civil, cession et délégation de créance, qui sont loin de présenter les avantages de la clause à ordre et de l'endossement (1). Il sera toujours plus simple, plus sûr et plus avantageux, au point de vue fiscal (2), que le remettant tire une traite à vue sur son débiteur et la présente à l'escompte (3). Certaines législations étrangères ont créé de nouveaux titres à ordre, la facture transmissible par endossement, pour favoriser ce type d'escompte (4). La possibilité d'un escompte par voie

(1) L'escompte des créances « extra cartolari » semble peu utilisé par la pratique bancaire italienne. M. Minervini écrit (n° 27, p. 93) : « Con ogni probabilità, l'introduzione dell' istituto dello sconto di crediti extra cartolari non trova la sua radice in pressanti esigenze della pratica - la quale sola dovrebbe essere guida al legislatore - sibbene costituisce un tributo reso dai compilatori all'amore per lo schematismo e per l'armonia sistematica. »

(2) Article 729 du Code général des impôts. « Les transports, cessions et autres mutations à titre onéreux des créances sont assujettis à un droit d'un franc 40 pour 100 francs. Le droit est perçu sur le capital exprimé dans l'acte. » Les effets de commerce au contraire sont soumis au droit de timbre de 5 pour mille ou, s'ils sont domiciliés, au droit fixe de 25 francs.

(3) Il est à noter que « l'escompte des créances mentionnées sur les livres de commerce » (« sconto dei crediti aperti sui libri di commercio », « Diskontierung von Buchforderungen ») pratiqué surtout en Italie et en Allemagne, porte en fait sur des traites, tant il est vrai que cet instrument cambiaire facilite les opérations d'escompte. Les commerçants forment, sur l'initiative d'une ou plusieurs banques, un consortium (consortio) doté d'un certain capital. Le commerçant membre du consortium, titulaire d'une créance contre un tiers, remet au consortium une traite régulièrement endossée sur ce débiteur, et en même temps tire sur le consortium une traite qui sera acceptée par cet organisme et qu'il pourra escompter facilement auprès d'une banque. Il y a en somme un double escompte, escompte par le « consorzio » de la traite sur le tiers débiteur, la somme escomptée donnant lieu à l'émission d'une seconde traite qui est à son tour escomptée par une banque (voir Donadio, *Lo sconto*, Milan, 1948, n° 34, p. 65 et suivantes). Il y a une ressemblance frappante avec le procédé du double tirage décrit par Terrel et Lejeune (p. 439) et Escarra et Rault (t. VI, p. 435, note 1) en matière de forfait d'escompte ; mais ici, le « consortium » a évidemment la possibilité de se retourner contre le commerçant remettant. Généralement, c'est ce dernier qui procède au recouvrement de sa créance contre le tiré, et en remet le produit au consortium ; la traite qu'il a émise n'est pas mise en circulation et sert uniquement à assurer au consortium un recours cambiaire à son encontre.

(4) Loi belge du 31 mars 1958, modifiant la loi de 1919 sur la cession et la mise en gage de la facture. L'intitulé primitif du projet (projet de loi relatif à l'escompte et à la mise en gage de la facture) est devenu, à la suite de discussions, projet de loi relatif à l'endossement de la facture. Voir L.-Th. Léger, « L'endossement de la facture », *Revue de la Banque* (belge), 1958, p. 263 à 284. En France, si l'escompte des factures est visé par l'administration de l'enregistrement pour l'application du timbre proportionnel (décision ministérielle, finances, 3 juin 1918, Instr. Enr. 3581-29), il n'est guère pratiqué (Ferronière et de Chillaz, n° 269, p. 243).

de cession civile de la créance escomptée demeure cependant ; elle n'est point dépourvue de tout intérêt. Ainsi, en matière de « délégation de marché », au lieu de consentir un prêt garanti par un nantissement, le banquier a intérêt à devenir titulaire de la créance par le jeu de l'escompte ; il évitera ainsi le droit de préférence attaché aux privilèges fiscaux et aux privilèges généraux du droit civil frappant le patrimoine de son client (1).

Sous-section II. — Le titre doit conférer à l'escompteur le droit d'exiger le paiement d'un ou plusieurs tiers

117. — L'escompte se distingue du prêt en ce que « l'avance » a pour cause le transfert en propriété du titre, dont l'encaissement doit, en principe, assurer le remboursement. Ce n'est pas la seule considération de la solvabilité du remettant, mais également la valeur propre du titre, qui détermine le banquier à réaliser cette opération (2). Il est donc nécessaire que la valeur du titre ne repose pas exclusivement sur la solvabilité du remettant, mais confère au banquier le droit d'exiger son paiement d'un ou plusieurs tiers, sinon le titre n'est pas une contrepartie valable de l'avance, et l'opération est en réalité un prêt.

Pour que l'opération puisse être qualifiée d'escompte, et non de prêt, il suffit d'ailleurs que le banquier ait cru que le titre lui donnait le droit d'exiger le paiement d'un tiers. S'il s'avère que ce droit est inexistant (3), le contrat d'escompte peut être déclaré nul pour défaut d'objet (4), mais ce n'est pas un prêt : un contrat d'escompte nul ne dégénère pas en contrat de prêt. Les conséquences attachées à l'escompte continuent de s'appliquer à cette opération avortée. Dans la réalité,

(1) On dit quelquefois (cf. Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1913) que le banquier ne veut pas accepter la cession de la créance du marché à cause des risques de recouvrement. Selon nous, par l'effet de la garantie de la bonne fin, le banquier escompteur a toujours la possibilité de se retourner contre son client. Il a donc tout intérêt à escompter véritablement le marché, mais encore faut-il que le « marché » constitue une créance liquide à échéance déterminée pour pouvoir être escomptée. L'opération d'escompte ne nous semble pas prohibée par la loi du 25 juillet 1891 interdisant la cession des marchés de travaux publics. Cependant, au point de vue fiscal, voir p. 148, note 1.

(2) Voir *supra*, n° 65.

(3) Par exemple, si le tiré est un incapable, ou si son consentement a été surpris par violence ; il s'agit d'exceptions qui sont opposables au porteur même de bonne foi.

(4) Plutôt que de nullité, on devrait parler d'inexistence puisqu'un élément essentiel pour la formation du contrat fait défaut (Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 802), mais le terme d'inexistence n'est guère employé.

le banquier ne demandera pas la nullité du contrat d'escompte, mais attendra l'échéance et, au besoin, exercera son recours en garantie contre le remettant (1). Par contre, si le banquier escompteur est de mauvaise foi au sens de l'article 121 (2), on doit admettre qu'il n'y a pas escompte, mais un prêt. En effet, étant de mauvaise foi lors de l'acquisition du titre, le banquier devait savoir qu'il n'acquerrait aucun droit contre un tiers et qu'il consentait, en réalité, un véritable découvert au remettant. Toutes les conséquences juridiques attachées au prêt devront s'appliquer.

118. — Il est en l'espèce un problème plus délicat, relatif à l'origine du droit dont doit disposer le banquier à l'encontre d'un tiers pour qu'il y ait escompte. Le titre doit-il constater une créance du remettant contre ce tiers, créance transmise au banquier par la remise du titre ? Ou bien, suffit-il que le banquier ait le droit d'exiger le paiement d'un tiers, sans que l'on ait à rechercher si le droit appartenait déjà au remettant ?

119. — On enseigne généralement que l'escompte « suppose la remise à l'escompteur d'une créance du remettant contre un tiers » (3).

C'est là l'hypothèse la plus fréquemment réalisée en fait. L'opération d'escompte y répond à son but économique principal, la mobilisation des créances, en permettant au titulaire de toucher immédiatement leur montant sans attendre leur encaissement effectif.

Cette créance transmise au banquier escompteur peut avoir les origines les plus diverses : elle peut naître d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit (4). En fait, il s'agira le plus souvent d'une créance née d'une vente de marchandise, d'exécution de travaux, de prestation de services (on parle alors d'effet commercial), ou même d'une créance

(1) Voir *infra*, nos 270, 278 et suiv. La possibilité d'agir en nullité demeure. Cependant, si avant l'échéance le banquier s'aperçoit que le titre ne lui confère aucun droit à l'encontre du tiers, il peut agir en nullité de l'opération d'escompte et demander la restitution anticipée du produit de l'escompte. Certes, la longueur d'un tel procès ne permettra pas au banquier d'obtenir le paiement avant l'échéance, mais il peut ainsi se faire autoriser à pratiquer d'ores et déjà des saisies-arrêts.

(2) *Infra*, n° 257.

(3) J. Becqué et H. Cabrillac, *R. T. D^e Com.*, 1957, p. 421 ; Lescot, note au J. C. P., 1957, II, 9631 ; Hamel, t. II, n° 1040, p. 751, et 1044, p. 764 ; Escarra et Rault, t. VI, p. 424, note 1 ; Ferronnière et de Chillaz, n° 293, p. 264 ; Henrion et Simonet, n° 69, p. 107.

(4) Renaud, n° 81, p. 92.

résultant d'une ouverture de crédit consentie par un tiers (on parle alors d'effet financier, et plus précisément d'effet d'ouverture de crédit) (1). Il n'est pas nécessaire que le droit du banquier contre le tiers soit un droit cambiaire : l'escompte des traites non acceptées est parfaitement régulier. Le banquier acquiert la créance de droit commun constituant la provision. Nous savons d'ailleurs que la créance escomptée n'a pas besoin d'être incorporée dans un titre négociable, effet de commerce ou autre (2). Cette créance à l'encontre du tiers peut être seulement future (3). Il est fréquent qu'un commerçant tire une traite en représentation du prix de marchandises qui ne seront livrées que plus tard, le produit de l'escompte lui servant à fabriquer ou à acheter ces marchandises. La provision en effet doit seulement exister à l'échéance (art. 116 du Code de Commerce). Cette créance peut avoir appartenu à une autre personne avant d'appartenir au remettant et d'être transmise au banquier escompteur : il en est ainsi lorsque le remettant est le bénéficiaire de la traite et l'endosse au banquier. Le titre est alors garanti par la signature de plusieurs personnes.

Toutes ces hypothèses n'offrent aucune difficulté : il y a certainement escompte et le banquier peut invoquer des règles juridiques appliquées à cette opération.

120. — En est-il de même lorsque le titre confère au banquier, à l'encontre d'un tiers, des droits qui ne correspondent pas à une créance du remettant contre ce tiers ? Le problème se pose pour les effets du cautionnement, et la pratique de « l'escompte au tiré ».

Dans les effets dits « de cautionnement », un tiers appose sa signature sur un effet de commerce, lettre de change, billet à ordre, sans y être obligé, mais avec l'intention d'honorer sa signature si l'effet lui est présenté au paiement. Il intervient comme caution, il n'y a aucune créance du remettant à son encontre. La licéité de tels effets est reconnue depuis longtemps en jurisprudence et en doctrine (4). Si le banquier avance le montant du titre ainsi créé contre sa remise en toute propriété, peut-on dire qu'il y a escompte avec toutes

(1) La validité de tels effets est admise en doctrine et en jurisprudence. Hamel, t. II, 1042, p. 756, note 2 ; Lescot et Roblot, t. II, n° 960. Cass., 27 octobre 1954, G. P., 1954, II, 418. R. T. D^t Com., 1955, p. 105, n° 4, obs. J. Becqué et H. Cabrillac ; Banque, 1956, p. 39, note X. Marin et les références.

(2) Voir *supra*, n° 116.

(3) Hamel, t. II, n° 1040, p. 751.

(4) Cass., 27 octobre 1954, B. T. D^t Com., 1955, p. 105, n° 4, obs. J. Becqué et H. Cabrillac, et X. Marin, *Revue Banque*, 1956, p. 39 et les références de jurisprudence.

les conséquences que cela suppose ? Le banquier acquiert bien le droit d'exiger le paiement du tiers caution, mais il n'acquiert aucune créance ayant appartenu au remettant cautionné. N'est-ce point simplement un prêt garanti par une caution dont l'engagement a été matérialisé par une signature sur un effet de commerce ?

— Dans « l'escompte au tiré », le tiers n'intervient pas comme caution, il a tiré la traite sur le remettant, en représentation d'une créance qu'il avait à son encontre ; mais si le tiré est devenu porteur de l'effet à la suite d'un endossement régulier (1), peut-il le remettre véritablement à l'escompte ? Ici encore, le banquier peut poursuivre le tiers (tireur), mais ce droit n'appartient pas au tiré qui, débiteur principal du titre, ne peut exiger le paiement des tiers signataires. N'est-ce point là, comme on l'a soutenu, un prêt consenti au client tiré et garanti par la signature du tireur ?

121. — La jurisprudence n'a pas eu, à notre connaissance, à trancher la question (2). La doctrine est divisée. Certains auteurs repoussent énergiquement la possibilité d'un escompte des effets de cautionnement (3), et voient dans l'escompte au tiré un prêt garanti (4). La solution du problème dépend de la nature juridique attribuée à l'escompte.

Si on analyse celui-ci en une cession de créance, il est bien évident que « l'escompte au tiré » et « l'escompte des effets de cautionnement » ne constituent pas de véritables escomptes puisqu'il n'y a aucune créance cédée.

Si l'escompte, au contraire, est un achat de titre, il y a escompte. Selon cette conception, il suffit en effet que le titre ait une valeur en lui-même et ne repose pas sur la seule solvabilité du client vendeur. Il suffit qu'il confère à l'acquéreur-escompteur des droits contre un tiers, sans que l'on ait à rechercher si ces droits appartenaient déjà au remettant et à considérer l'ordre dans lequel le porteur doit demander le paiement à l'échéance.

(1) Article 117, alinéa 3, du Code Com.

(2) Toutefois, amenée à se prononcer sur la validité des effets de cautionnement, la Cour de Cassation semble admettre d'une façon tout à fait incidente, il est vrai, l'escompte de tels effets. Voir Cass. Req., 28 novembre 1944, D. 1945, Som., 2. G. P., 1945, I, 19 et les arrêts cités par M. X. Marin, *Revue Banque*, 1956, p. 39 et 40. Voir encore Paris, 5 avril 1940, D. H., 1940, 136.

(3) Hamel, t. II, n° 1044, p. 764 et suivantes. Henri Germain-Martin, *Enc. D. D^t Com.*, V° Escompte, n° 96 et suivants. *Contra* : Escarra et Rault, t. VI, n° 602, p. 426, 427 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 61 ; Renaud, n° 85, p. 97.

(4) Hamel, t. II, n° 1060, p. 807 ; Petit-Dutaillis, n° 430, p. 287. H. Germain-Martin, *Enc. D. D^t Com.*, V° Escompte, n° 56 ; Henrion et Simonet, n° 89, p. 126.

122. — Nous avons critiqué ces différentes conceptions de l'escompte qui nous paraissent trahir la réalité économique. Pour nous, nous l'avons déjà souvent répété, l'escompte est une opération de crédit basée sur l'acquisition d'un titre. Le banquier avance le montant nominal du titre car il a confiance dans son paiement à l'échéance. Cette confiance est basée sur la présence de l'obligation de tiers. Est-il nécessaire d'aller plus loin et d'exiger que le remettant ait lui-même été créancier de cette obligation ? Nous ne le pensons pas, ce serait là une exigence arbitraire. L'escompte est une opération de crédit qui s'appuie sur la transmission en toute propriété d'un titre qui donne des droits contre un tiers, cela suffit, il n'est nul besoin de s'interroger sur l'origine de ces droits. Plus que la mobilisation d'une créance contre un tiers, l'escompte est la mobilisation du crédit. Ce crédit peut être accordé par le remettant à un tiers, et dans ce cas mobilisation de crédit et mobilisation de créance coïncident ; mais le crédit peut être accordé au remettant, l'escompte est alors la mobilisation de la confiance dont jouit le remettant auprès de tiers, cette confiance étant concrétisée par une signature sur un effet de commerce. Peu importe que cette confiance ait amené le tiers à consentir une ouverture de crédit ou à garantir le paiement de l'effet. On évitera ainsi bien des difficultés de distinction entre les effets de cautionnement et d'ouverture de crédit (1). Peu importe également la forme suivant laquelle le remettant mobilise la confiance que le tiers lui accorde : il est indifférent que ce tiers avalise la signature du remettant, joue le rôle de tireur ou de tiré de la lettre de change, de souscripteur ou de bénéficiaire d'un billet à ordre. Il est en effet sans importance (au point de vue juridique) que le banquier soit obligé de demander le paiement du titre d'abord à son client avant de pouvoir s'adresser aux tiers : ce qui est essentiel dans l'opération d'escompte, c'est l'idée d'une avance en contrepartie de la remise d'un titre dont la valeur ne repose pas exclusivement sur la solvabilité du remettant, et non pas le fait que le banquier

(1) Voir H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 64. Pour un exposé de ces difficultés, Hamel, t. II, n° 1045, p. 769 et suivantes. Au surplus, la distinction entre ces deux sortes d'effets nous paraît assez artificielle : « La différence consiste, dit-on, en ce que le signataire qui cautionne n'est pas débiteur du cautionné, tandis que lorsqu'il y a ouverture de crédit, il exécute l'obligation qu'il a prise vis-à-vis du bénéficiaire » (X. Marin, *Revue Banque*, 1956, p. 39). Mais le cautionnement peut être accompli en vertu d'un engagement préalable, c'est-à-dire d'une ouverture de crédit. Le cautionnement est en effet un mode de réalisation d'une ouverture de crédit. (*Comp.*, Hamel, t. II, n° 1047, p. 777 et suivantes.)

soit remboursé d'abord par un tiers. Il faut et il suffit que le banquier puisse demander le paiement à un tiers (1).

123. — Dès lors, il n'y a point escompte dans le fait, pour le banquier, d'avancer le montant nominal d'une lettre de change qui porte son acceptation, ou d'un billet à ordre par lui souscrit. Un banquier peut autoriser son client à utiliser l'ouverture de crédit qu'il lui a consenti par l'émission d'une traite qu'il acceptera. Ces traites sont généralement escomptées par un autre banquier, mais il arrive que le banquier escompteur prenne à l'escompte ses propres traites (2). Il est impossible de voir dans cette opération un véritable escompte : le banquier acquiert bien une valeur (l'effet portant deux signatures a une valeur indéniable), mais il n'acquiert aucun droit contre un tiers. Il s'agit en réalité d'une opération complexe qui assure, tout à la fois, la réalisation de l'ouverture de crédit, et la mobilisation par la banque de la créance résultant de cette utilisation (3).

On conçoit toutefois que, dans ces conditions, il soit souvent délicat de distinguer l'escompte des effets de cautionnement et la création d'« effets de mobilisation » par le banquier créancier de son client.

Sous-section III. — Distinction de l'escompte et de la création d'« effets de mobilisation »

124. — Le banquier donneur de crédits peut avoir intérêt à représenter par un effet de commerce sa créance contre son client crédité. La forme cambiaire donnée à cette créance lui confère plus de facilité pour la mobiliser en présentant l'effet à l'escompte d'un autre banquier (4). Ainsi appelle-t-on les effets créés par le banquier « effets de mobilisation ». Il peut s'agir de lettre de change ou de billet à ordre.

(1) Il n'y a pas escompte même si le titre a une valeur propre, mais ne permet pas de demander le paiement de sa valeur à un tiers, mais confère seulement des droits sur des marchandises confiées à un tiers. Pour le premier endossement d'un warrant, voir Cass. Civ., 29 octobre 1894, S. 1896, I, 195.

(2) L'article 117, alinéa 3, autorise le tiré à recevoir les effets qu'il a acceptés.

(3) En ce sens, Hamel, t. II, n° 1105, p. 897. *Contra* : Ripert, par Durand et Roblot, t. I, n° 1952, p. 891 (le doyen Ripert s'est fondé sur la présence d'un endossement. Nous savons qu'il définit l'escompte comme un endossement, acte abstrait) ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 31, n° 40.

(4) A proprement parler, la mobilisation de la créance du banquier n'intervient qu'au moment de l'escompte du titre qui la représente, mais souvent on appelle mobilisation la création même du titre en vue de l'escompte ultérieur.

La création de ces effets de mobilisation se présente souvent sous un aspect extérieur identique à celui de l'opération d'escompte : le banquier met des fonds à la disposition de son client, il reçoit un effet de commerce dont l'encaissement à l'échéance lui assurera le remboursement de son avance et le paiement de sa rémunération, les intérêts à échoir de l'avance consentie ayant été incorporés au montant de l'effet (1). Lorsqu'un tiers garantit le paiement de l'effet, il est quelquefois difficile de distinguer cette opération de l'escompte des effets de cautionnement, en fait sinon en théorie (2).

125. — En théorie, en effet, la distinction est aisée.

— Dans l'escompte, « l'avance » consentie par le banquier a pour cause la remise du titre. L'obligation de la réaliser naît au moment où cette transmission est effectuée, c'est un peu le paiement au comptant de son « prix ». Le banquier escompteur n'est pas créancier de son client en raison de la somme qu'il lui remet, mais plus exactement en vertu du titre et de l'obligation d'en garantir le paiement. La remise de la somme escomptée est pour lui l'exécution de son obligation, et l'extinction de cette obligation, ne donne pas naissance à une créance en remboursement, comme dans l'exécution d'une promesse de prêt.

— Au contraire, lors de la création d'un effet de mobilisation, le banquier est déjà créancier de son client emprunteur, cette créance préexiste à l'émission du titre : celui-ci ne fait que constater celle-là, il n'est en rien la cause de sa naissance. L'avance, au sens de prêt, demeure l'opération principale, son incorporation dans un titre négociable n'est qu'accessoire et ne lui ôte point son caractère de prêt, il n'y a point novation (3). Ce sont les règles du prêt et non de l'escompte qui doivent s'appliquer.

126. — Sur le plan du fait, lorsque la créance du banquier n'est point garantie par un tiers et que l'effet de mobilisation ne porte pas la signature d'un tiers, la distinction est encore

(1) La ressemblance est encore accentuée par le fait que le banquier inscrit généralement le montant du prêt au crédit du client (voir Ferrière et de Chillaz, n° 293, p. 264). Dans la langue courante, l'opération est dénommée « escompte de billet ». Mais cette terminologie est juridiquement inexacte.

(2) Dans l'analyse de l'escompte en un prêt suivi de la « datio pro solvendo » du titre, la distinction est même impossible en théorie.

(3) Cass. Civ., 28 avril 1900, S. 1900, I, 597. D.P., 1901, I, 17, note Thaller ; Cass. Civ., 7 février 1934, D. P., 1936, I, 65, note Chéron ; Cass. Civ., 12 novembre 1946, S. 1947, I, 121, note Lescot ; D. 1947, J. 109, note P. L. P. Voir Hamel, t. II, n° 1088, p. 865 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 59.

aisée : le titre ne conférant aucun droit contre un tiers, il n'y a point **escompte**.

Le problème est plus délicat lorsque le banquier mobilise en même temps que sa créance, la sûreté personnelle consentie par un tiers. L'opération a la même apparence que l'escompte d'un effet de cautionnement (1). Il est encore possible de distinguer les deux opérations en recherchant si le banquier était ou non créancier avant la remise de l'effet. Mais il arrive fréquemment que l'ouverture de crédit, son utilisation, et sa mobilisation par la création d'un effet soient simultanées. Le juge doit alors se livrer à une recherche d'intention particulièrement ardue : la remise du titre est-elle la contrepartie, la cause, la condition *sine qua non* de l'avance consentie au client, il y a escompte. Dans le cas contraire, il y a simplement création d'un effet en mobilisation d'un prêt.

Section II. — Conditions de validité du contrat d'escompte tenant au titre

127. — Le contrat d'escompte a des traits communs avec le contrat de vente. Nous avons pu dire qu'il était un contrat de vente détourné de son but normal par la volonté des parties. Il réalise, en effet, une opération de crédit basée sur l'acquisition d'un titre et d'une créance. Comme en matière de vente, le titre cédé doit être licite et appartenir au cédant. Sinon, selon les principes du droit civil, le contrat d'escompte devrait être déclaré nul pour illicéité de l'objet ou pour cession du bien d'autrui (2). Cependant, le droit cambiaire apporte un correctif d'importance aux principes de droit civil. Sa bonne foi évite au banquier escompteur de se voir opposer la nullité du titre escompté, et lui permet, dans la mesure où elle s'accompagne d'une diligence moyenne, de résister à l'action en revendication du *verus dominus*. Il peut à son gré considérer

(1) Lorsque l'effet remis par le client est un « effet commercial », il est évident qu'il y a opération d'escompte, à moins que l'effet ne soit remis en paiement de la créance préexistante.

(2) Pour que le contrat d'escompte soit valable, il faut également, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 117 et suiv.) que le titre escompté confère au banquier le droit d'exiger le paiement d'un tiers. Sinon, au cas par exemple d'incapacité du tiers débiteur du titre, d'altération de mention, le banquier escompteur peut agir immédiatement en nullité, et non pas seulement en garantie une fois le non-paiement à l'échéance avéré.

le contrat d'escompte comme valable ou agir en nullité, sans attendre l'échéance du titre remis à l'escompte (1).

— L'illicéité du titre escompté pose le problème de l'escompte des effets de complaisance (2), le droit de propriété du cédant, celui de l'escompte des titres perdus ou volés.

Sous-section I. — Nécessité d'un titre licite : l'escompte des effets de complaisance

128. — On s'accorde à reconnaître que les termes d'« effets de complaisance » sont trop compréhensifs et générateurs de confusion. La complaisance peut correspondre à un engagement sérieux, mais être aussi une aide accordée à des manœuvres frauduleuses. C'est pourquoi la jurisprudence (3) prend soin de distinguer les « bons effets de complaisance » qui supposent chez le signataire complaisant la volonté de cautionner le complu ou de lui ouvrir un crédit et l'intention de payer si à l'échéance l'effet lui est présenté, et les « mauvais effets de complaisance » qui ne comportent point de la part du complaisant un engagement sérieux et présentent seulement l'apparence d'effets de commerce. La complaisance du signataire est ici coupable, il n'a nullement l'intention de s'obliger envers quiconque (le complu s'engage à faire les fonds à l'échéance), mais a seulement pour but d'aider le complu à tromper les tiers (le banquier escompteur dans la plupart des cas), en participant à la création d'un effet ou de plusieurs effets, apparemment réguliers, mais fictifs.

C'est désormais dans ce second sens que nous entendrons les termes d'effet de complaisance (4). Nous engloberons sous

(1) C'est la possibilité d'agir en nullité du contrat d'escompte et en répétition des sommes versées dès avant l'échéance du titre, qui nous a incité à étudier ici l'escompte des effets de complaisance et des titres perdus ou volés. Mais en pratique ces problèmes juridiques ne se poseront qu'à l'échéance, lorsque le débiteur du titre invoquera la mauvaise foi du banquier, ou lorsque le propriétaire dépossédé agira en revendication contre le banquier.

(2) Théoriquement, le problème des conséquences de l'illicéité de l'objet ne se pose pas seulement en matière d'effets de complaisance. L'escompte peut porter sur des créances ordinaires non encore incorporées dans un titre négociable ; cette créance peut être nulle pour cause illicite, l'escompte de cette créance serait nul pour objet illicite ; il faudrait appliquer les règles du droit civil, ce qui ne manquerait pas de soulever des difficultés si, en fait, cette hypothèse se réalisait.

(3) Voir notamment Cass. Req., 19 novembre 1909, D. P., 1912, I, 281, note Lacour ; Civ., 16 juillet 1928, S. 1929, I, 57, note Lescot.

(4) MM. Lescot et Roblot les définissent excellemment : « Les effets qui sont destinés à tromper les tiers sur les relations existant entre les signataires ou entre ces derniers et les autres personnes indiquées sur le titre, et qui dans l'esprit des parties, ne doivent pas contraindre

cette dénomination les effets purement fictifs, c'est-à-dire les effets qui portent l'indication d'une personne imaginaire ou non consentante, et que l'on désigne dans la pratique sous le nom de « papier creux », « tirage en l'air » ou « sur le bottin » (1).

Quel que soit le processus employé par les parties, pour donner l'illusion d'un titre régulier (2), les effets de complaisance ont toujours pour but leur escompte par un banquier. Le complu, qui n'est pas forcément le remettant, espère obtenir par là un crédit qui lui serait refusé à découvert. Les auteurs ont dénoncé les dangers de tels effets. Le commerçant qui se livre une première fois à l'émission d'un effet de complaisance est presque toujours amené à recommencer l'opération pour assurer le paiement du premier par l'escompte du second ; l'escompte d'un troisième servira au paiement du second, et ainsi de suite... Les traites chevauchent les unes sur les autres, d'où l'expression de « cavalerie ». Les chevauchements d'effets iront en s'amplifiant car il faut couvrir les frais d'escompte, et que seul apparaît dans cette circulation l'argent du banquier escompteur, et qu'à tout prendre le procédé est commode. De tels agissements peuvent, pendant un certain temps, procurer des fonds à des commerçants gênés, mais, presque toujours, ils seront impuissants à éviter la faillite d'un des complices et les banquiers escompteurs ne pourront pas récupérer leur argent ; ou bien les Lanques, enfin alertées, refuseront l'escompte du papier et l'édifice s'écroulera d'un coup, entraînant la faillite des complaisants et des complus ; ces faillites peuvent en entraîner d'autres, le crédit peut se trouver ébranlé. En période de crise économique, ces procédés redoublent de fréquence et créent une inflation de mauvais papier dangereuse pour l'économie. Danger donc pour les coupables eux-mêmes, entraînés à la faillite et soumis à des

le complaisant à décaisser effectivement les sommes indiquées », t. II, n° 958, p. 449. Certains arrêts définissent comme mauvais effets de complaisance ceux dans lesquels le complaisant n'a entendu ni fournir un cautionnement ni ouvrir un crédit. Cass. Civ., 3 novembre 1932, G. P., 1933, I, 40 ; voir également dans ce sens Cass. Com., 17 février 1959 ; Bull. Cass., 1959, III, 77, et Cass. Com., 11 mars 1959, Bull. Cass., 1959, III, 122. R. T. D^t Com., 1959, p. 908, n° 2, obs. H. Cabrillac et J. Becqué.

(1) A proprement parler, ces effets ne constituent pas des effets de complaisance puisque par hypothèse aucun complice n'appose sa signature sur le titre (*Sur la distinction*, Lescot et Roblot, t. II, n° 959, p. 450). La dénomination « d'effets frauduleux » englobe les deux espèces. Nous avons préféré user d'une dénomination moins exacte, mais plus classique.

(2) Sur ces différents procédés, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 964, p. 455. Denis, *Les effets de complaisance, étude de jurisprudence*, thèse, Paris, 1937. Viste, thèse, Montpellier, 1939, p. 21 et suivantes.

sanctions pénales (1) ; danger pour les tiers qui, trompés par un crédit fictif, peuvent consentir à de nouvelles opérations avec ces commerçants en état de cessation de paiement ; danger pour les créanciers antérieurs qui voient le passif de leur débiteur s'accroître ; danger pour les banquiers escompteurs qui ne pourront récupérer les fonds avancés par l'escompte et risquent même de voir leur responsabilité engagée envers les tiers en raison de leur négligence pour n'avoir point décelé la circulation de complaisance (2) ; danger enfin pour le crédit et l'économie en général.

129. — Aussi la jurisprudence, approuvée par la majorité de la doctrine, prononce la nullité de tels effets sur le fondement de l'article 6 et 1131 du Code civil (3). Emis en vue de tromper les tiers par la création d'un crédit frauduleux, ces mauvais effets de complaisance sont contraires à l'ordre public. La convention expresse ou tacite qui lie les complices est nulle pour cause illicite et immorale, et l'effet qui en est résulté participe à cette nullité.

Ainsi fondée sur les articles 6 et 1131, la nullité est absolue et devrait, selon les principes civilistes, être opposable à tous. Cependant, une apparence a été créée dont les nécessités du crédit obligent à tenir compte : le droit commercial protège les tiers qui ont contracté sur la foi d'une apparence. La jurisprudence et la doctrine, unanimes, reconnaissent que la nullité des effets de complaisance est inopposable aux tiers de bonne foi (4).

Dès lors, pour apprécier la validité de l'escompte de tels effets, il faut distinguer suivant que le banquier escompteur est de bonne ou de mauvaise foi. Il importe au surplus de déterminer ce qu'il faut entendre par bonne foi.

(1) Sur les sanctions qui peuvent frapper le remettant et son complice, voir Lescot et Roblot, t. II, nos 999 et suiv. Sur les poursuites pour escroquerie, voir également Hamel, t. II, n° 1049.

(2) Sur la responsabilité du banquier escompteur envers les tiers, voir *infra*, p. 170, note 2, et p. 176, note 3.

(3) En doctrine, Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 5372 (5^e Ed.) ; Hémard, p. 52 ; Ripert par Durand et Roblot, t. II, n° 2041 et suiv. ; Lescot et Roblot, t. II, n° 971. En jurisprudence, voir notamment Cass. Civ., 1^{re} août 1938, S. 1938, I, 324, 17 mars 1942, J. C. P., 1942, II, 1905, note Lescot ; Req., 18 octobre 1943, S. 1944, I, 18 ; Req., 10 janvier 1944, J. C. P., 1944, II, 2586, note Lescot ; Req., 28 novembre 1944, D. 1945, Som., 2, G. P., 1945, I, 19 ; Paris, 5 avril 1940, D. H., 1940, 136 ; Montpellier, 9 novembre 1950, R. T. D^e Com., 1951, p. 551, n° 5 ; Nancy, 14 mars 1952, J. C. P., 1952, II, 7233, note Toujas, R. T. D^e Com., 1952, p. 455.

(4) Voir notamment sur l'application en l'espèce de l'idée d'apparence et de la protection des tiers victimes d'une erreur légitime, J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, nos 287 et suiv. ; ajouter Lescot et Roblot, t. II, n° 975, p. 468, et Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 537, 6 (5^e Ed.).

I. - LE BANQUIER ESCOMPTEUR EST DE MAUVAISE FOI

130. — Il peut paraître surprenant qu'un banquier accepte d'avancer le montant d'un effet dont il connaît le caractère fictif et illicite. Cependant il arrive quelquefois qu'un banquier escompteur, qui s'aperçoit de la fraude de son client, préfère continuer d'escompter ces effets en essayant de réduire peu à peu l'importance de sa créance, ou d'obtenir l'octroi de garanties de remboursement, plutôt que d'interrompre brutalement la circulation de complaisance, ce qui entraînerait la faillite du client et une perte immédiate. Le banquier « soigne » le compte du client, dit-on en pratique ; il n'en escompte pas moins des effets illicites en connaissance de cause. L'escompteur peut également se prêter à l'opération en raison du profit qu'il compte en retirer.

Du moment que le banquier connaît le véritable caractère de l'effet, il ne peut invoquer sa régularité apparente, la nullité lui est opposable (1). Le contrat d'escompte est nul, d'une nullité absolue pour objet illicite. On peut même affirmer qu'il n'y a pas escompte puisque, connaissant le vice du titre, le banquier savait qu'il n'acquerrait aucun droit contre un tiers et qu'ainsi une condition essentielle de l'escompte faisait défaut (2).

Mais dès lors peut-on analyser ce pseudo-escompte en une opération de prêt, d'avance à découvert parfaitement valable, et considérer comme sans influence entre parties la transmission d'un effet illicite (3) ? Nous ne le pensons pas. On ne peut considérer cette avance comme une opération régulière. Les parties se sont livrées à un simulacre d'escompte en vue de tromper les tiers. Cette simulation malhonnête vicie l'opération toute entière qui, baptisée prêt ou escompte, doit être déclarée nulle. Le banquier, en acceptant « d'escompter » un effet de complaisance s'associe à la fraude de son client et participe à la circulation d'un titre fictif néfaste à la sécurité du crédit. Son attitude est suspecte : s'il entendait réaliser vraiment une opération de prêt, il lui était facile de procéder autrement et de débarrasser le marché d'un effet fictif. En réalité, s'il se prête à l'opération, c'est qu'il obtient, en contrepartie de l'avance qu'il consent, un effet portant déjà deux signatures qui permettront une mobilisation plus aisée. Avance et remise du titre apparaissent ici encore étroitement liées, et la nullité du titre entraîne la nullité de l'avance.

(1) Cass. Civ., 3 novembre 1932, G. P., 1933, I, 40 ; Cass. Com., 11 mars 1959, Bull. Civ., 1959, III, 122. R. T. D^t Com., 1959, p. 908, n° 2.

(2) Hamel, t. II, n° 1043, p. 759 ; H. Cabrillac, J. Cl. Banque, fasc. 35, n° 26 ; Henri Germain-Martin, Enc. D., V° Escompte, n° 119.

(3) Hamel, t. II, n° 1043, p. 760, et 761, note 1 in fine.

131. — Ainsi l'illicéité du titre et son opposabilité au banquier de mauvaise foi entraînent pour ce dernier des conséquences particulièrement graves :

1° Tout d'abord, le titre étant nul à son égard, il ne peut s'en prévaloir pour intenter une action cambiaire contre les signataires, aussi bien le complaisant, le complu, que tout autre signataire (1).

D'éminents auteurs reconnaissent toutefois au banquier le droit d'exercer le recours cambiaire contre le remettant complu : « la signature de celui-ci apposée sur l'effet l'engage définitivement, écrit M. Hamel ; sauf cas exceptionnel, nécessairement très rare, le banquier avait, au moment de son acquisition, la volonté d'exercer contre son cédant les recours nés de la transmission de l'effet, et le cédant ne songeait pas à esquiver ce recours (2). » A notre sens, la fraude qui a présidé à la création du titre, rend celui-ci inefficace à l'égard de tous ceux qui en connaissent le vice (3). Ils ne peuvent invoquer un titre fictif contraire à l'ordre public.

132. — 2° Mais, d'autre part, le contrat d'escompte étant nul, le banquier ne peut-il agir en restitution de la somme versée au remettant ?

Certains auteurs (4) reconnaissent seulement au banquier escompteur le droit d'intenter l'action « de in rem verso ». C'est là un droit qu'il est impossible de dénier au banquier en vertu du principe supérieur que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. La solution est cependant sévère pour le banquier. Son droit à restitution se trouve limité à l'enrichissement que l'opération a procuré au patrimoine du remettant et, en fait, il sera le plus souvent dans l'impossibilité d'exercer utilement l'action de in rem verso, faute de pouvoir rapporter la preuve que la somme versée a effectivement amélioré la situation du remettant ou a profité à la masse de ses créanciers (5).

(1) La jurisprudence et la doctrine sont unanimes en ce sens. Parmi les arrêts les plus récents : Cass. Com., 17 février 1959, Bull. Cass., 1959, III, 77 ; Cass. Com., 11 mars 1959, Bull. Cass., 1959, III, 122, *R. T. D^e Com.*, 1959, p. 908, n° 2 ; voir les nombreux arrêts cités par MM. Lescot et Roblot, t. II, p. 466, note 1, et p. 470, note 2. Pour le droit du signataire de bonne foi de repousser l'action du porteur de mauvaise foi, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 980, p. 472.

(2) Hamel, t. II, n° 1043, p. 761.

(3) En ce sens, Lescot et Roblot, t. II, n° 977, p. 471, citant un arrêt Cass. Crim., 28 juillet 1897.

(4) Hémard, *Des effets de complaisance*, thèse, Paris, 1900, p. 107. Lescot et Roblot, t. II, n° 976 et 977 ; adde n° 980.

(5) Cf. Lescot et Roblot, t. II, p. 471, note 4.

Cette sévérité, justifiée en équité, ne nous paraît pas s'imposer sur le plan purement juridique. Le contrat d'escompte est nul, il faut effacer ses effets et ordonner la remise des choses dans leur état primitif. Le banquier est donc créancier de la somme qu'il a effectivement versée (1). Selon nous, il a droit au remboursement de la somme avancée sans que celui-ci soit subordonné à un enrichissement du remettant. Pour écarter son action en paiement ou sa production à la faillite, le remettant ou son syndic ne peuvent lui opposer la maxime : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. » Cette maxime, souvent critiquée, est en l'espèce en contradiction avec les articles 6 et 1131 du Code civil qui ne reconnaissent aucune valeur aux conventions illicites ou immorales ; or, refuser l'action en restitution des sommes versées en exécution de ces conventions, c'est valider en fait leur exécution (2). On ne peut invoquer, pour repousser cette action, que des raisons de fait, sans valeur juridique (3). La jurisprudence se prononce implicitement dans le sens que nous indiquons : plusieurs décisions ont écarté la production du banquier à la faillite du remettant en invoquant non pas la maxime « *nemo auditur* », mais le préjudice subi par les créanciers du remettant failli du fait de

(1) Il ne peut pas demander le montant nominal du titre, solution à laquelle conduirait l'octroi d'un recours cambiaire contre le remettant, ou l'analyse de l'opération en une avance régulière (le remettant devrait restituer le montant de l'avance, plus les intérêts, c'est-à-dire en fait le montant nominal de l'effet).

(2) D'une façon générale les tribunaux, s'appuyant sur l'adage « *Nemo auditur...* », refusent au complaisant le droit d'agir contre le complu en remboursement de ce qu'il a dû payer à un porteur de bonne foi (voir Lescot et Roblot, t. II, n° 988 et la jurisprudence). Mais les relations existant entre remettant complu et banquier porteur pour la valeur, sont différentes de celles existant entre complu et complaisant. Si ce dernier a été obligé de payer un porteur de bonne foi, il ne bénéficie pas d'une action en remboursement contre le complu (mais seulement de l'action de in rem verso), car cette action conduirait à donner efficacité à la convention immorale qui précède la création d'un effet de complaisance, et aux termes de laquelle le complu devrait rendre indemne le complaisant des conséquences de l'opération. L'application de l'adage « *Nemo auditur...* » empêche ici l'exécution d'une convention immorale (Lescot et Roblot, t. II, n° 988). Elle va dans le sens des articles 6, 1131 du Code civil. Au contraire, dans les relations remettant complu et banquier, le contrat d'escompte a déjà été exécuté, il s'agit d'effacer les traces de cette exécution. L'article 6 et l'article 1131 s'opposent donc bien à l'application de l'adage « *Nemo auditur...* ». De plus, l'hypothèse semble rentrer dans le cas où la jurisprudence écarte l'application de la maxime (*Traité pratique de Droit civil*, par Planiol et Ripert, t. VII, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, n° 749).

(3) Ainsi M. Hémaré (p. 107) repousse la possibilité d'une action en répétition car une telle action « faciliterait grandement la circulation des effets de complaisance et nuirait au crédit commercial ».

la circulation de complaisance (1); il s'établit, dit-on, une sorte de compensation entre la créance du banquier envers le remettant complu et sa dette envers la masse en raison du préjudice causé. S'il y a « compensation », force est de reconnaître l'existence du principe d'une action en restitution (2). A notre sens, il faut même autoriser le banquier à agir en restitution de la somme versée sans attendre l'échéance de l'effet fictif. La nullité du contrat d'escompte est absolue, le banquier, même de mauvaise foi, est en droit de l'invoquer à tout moment. On ne saurait lui opposer, ici encore, la maxime « *nemo auditur...* » puisque cette action a pour but d'effacer les conséquences de l'acte nul (3).

II. - LE BANQUIER ESCOMPTEUR EST DE BONNE FOI

133. — Le plus souvent, le banquier est victime de la fraude de son client et accepte l'effet à l'escompte sur la foi de sa régularité apparente. Porteur de bonne foi, il dispose, selon une jurisprudence et une doctrine unanimes, des mêmes droits que s'il s'agissait d'un effet sérieux : la nullité du titre lui est inopposable ; tous les signataires sont solidairement tenus au paiement dans les termes du droit cambiaire (4). Le banquier

(1) Il est constant en doctrine et en jurisprudence que le banquier qui a « escompté » en connaissance de cause des effets de complaisance et a ainsi contribué à créer l'illusion d'un crédit effectif, peut être déclaré responsable à l'égard des tiers qui, se fiant au crédit ainsi accordé au commerçant complu, n'ont pas hésité à entrer en relation avec lui et à devenir ses créanciers (voir Hémard, p. 136 et suiv. ; Hamel, t. II, n° 1043 ; Lescot et Roblot, t. II, n° 998, p. 492 ; Renaud, n° 169). La réparation du préjudice causé à ces créanciers du remettant peut consister dans le rejet de la production du banquier (Req., 27 juillet 1897, D. 97, I, 637 ; Paris, 16 novembre 1888, D. 89, 2, 253 ; Lyon, 25 juillet 1927, D. 1928, 2, 163) et peut même conduire à mettre à la charge du banquier une partie du passif (voir Req., 1^{re} août 1876, S. 76, I, 457 ; Caen, 30 mai 1899, S. 1900, 2, 163). Les tiers lésés doivent évidemment démontrer la faute du banquier (participation à la circulation d'effets de complaisance), le préjudice subi et la relation de cause à effet qui unit ces deux éléments, ce qui n'est pas sans difficulté (voir Hamel, t. II, p. 762). Au cas où le banquier est de bonne foi, voir *infra*, n° 136, et note 3, p. 176.

(2) Hamel, t. II, n° 1043, p. 761. En sens contraire, voir le Jug. du T. de Com. de Marseille, du 28 août 1936, confirmé par la Cour d'Aix, le 1^{er} janvier 1937 (cités par Escarra et Rault, t. VI, n° 616, p. 446) qui repousse l'action du banquier escompteur sur la base de la maxime « *Nemo auditur...* ». Comp. Lescot et Roblot, t. II, n° 980, p. 473.

(3) Voir *Traité pratique de Droit civil*, t. VII, précité, n° 749.

(4) Cass., 29 mars 1887, D. 1887, I, 451, S. 1887, I, 160 ; Cass. Req., 10 mars 1915, S. 1916, I, 5, note Lyon-Caen ; Cass., 28 juin 1929, S. 1929, I, 350 ; Cass. Req., 30 décembre 1931, D. H., 1932, p. 65 ; Cass. Req., 11 mars 1935, G. P., 1935, I, 740, S. 1935, I, 175, D. H., 1935, p. 210 ; Cass. Req., 10 janvier 1938, S. 1938, I, 92.

qui s'est fié à l'apparence formelle du titre acquiert tous les droits qui correspondent à cette apparence (1). Mais les effets attachés à l'apparence trompeuse ne se cantonnent pas aux droits qui peuvent naître du titre à l'encontre de ses signataires, ils se répercutent sur le contrat dont le titre était l'objet. Le titre étant valable au regard du banquier, l'opération d'escompte est également valable ; le banquier acquiert tous les droits auxquels l'opération d'escompte aurait donné naissance si, comme il l'a cru, l'effet avait été régulier : les droits nés du titre à l'encontre de tous les signataires, les droits nés du contrat d'escompte à l'égard du remettant. Tous les éléments essentiels de l'escompte se trouvent réunis au profit du banquier (2).

Cependant, le titre et l'opération d'escompte ne sont valables qu'à l'égard du banquier. Il s'agit en somme de ce que l'on pourrait appeler une « validité relative ». Le banquier peut imposer aux signataires et à son client le respect du titre et du contrat d'escompte, mais ces derniers ne peuvent pas s'en prévaloir à son encontre. La maxime « *nemo auditur* » interdit au complu et au complaisant de demander l'exécution d'une convention née de leur fraude. Ainsi, à notre sens, le banquier qui découvre la fraude peut agir immédiatement en paiement, sans attendre l'échéance, aussi bien contre le remettant, que contre le complaisant tiré accepteur. Complaisant et complu ne peuvent en effet se prévaloir de leur turpitude pour obliger le banquier à respecter l'échéance de l'effet fictif et le contrat d'escompte surpris en fraude. Le banquier pourra donc se faire autoriser par le président du tribunal civil à pratiquer une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers débiteur du complaisant ou du complu, sans attendre l'échéance.

Les droits du banquier escompteur sont donc profondément différents suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Il importe de dégager un critérium de la bonne ou de la mauvaise foi.

II. - CRITÉRIUM DE LA BONNE OU DE LA MAUVAISE FOI

134. — Ni la doctrine ni la jurisprudence ne sont unanimes sur ce qu'il faut entendre par mauvaise foi en matière d'effets de complaisance.

(1) La solution s'explique par l'idée d'apparence génératrice d'un droit autonome au profit de ceux qui se sont fiés à cette apparence (Lescot et Roblot, t. II, n° 975, p. 468 ; J. Calais-Auloy, *op. cit.*, n° 289) et non par la responsabilité délictuelle du coupable de la fraude (Dramard, *Traité des effets de complaisance en Droit civil et commercial et en Droit pénal*, 1880, nos 75 et suivants).

(2) Hamel, t. II, n° 1043, p. 763 ; H. Germain-Martin, *Enc. D. D° Com.*, V° Escompte, n° 114.

— Selon une première opinion (1), partagée par quelques arrêts (2), le porteur ne serait privé de ses recours contre les signataires du titre que s'il s'est rendu coupable d'une fraude. Il ne suffit pas qu'il ait connu la complaisance d'un des signataires, car cette complaisance peut correspondre à la volonté de cautionner ; il faut qu'il ait participé à la fraude des auteurs de la traite, que, de connivence avec eux, il ait essayé de maintenir artificiellement le crédit du tireur, de prolonger fictivement sa vie commerciale, et de tromper les tiers sur sa véritable situation financière.

Cette conception restrictive de la mauvaise foi procède, comme on l'a montré (3), d'une confusion entre les bons et les mauvais effets de complaisance. Pour les bons effets de complaisance, qui correspondent à un engagement sérieux et honnête du complaisant, il est hors de doute que la connaissance de la complaisance n'enlève pas au porteur ses recours, mais il ne peut en être de même, croyons-nous, lorsque la complaisance est frauduleuse.

135. — Il semble alors nécessaire de définir la mauvaise foi comme la simple connaissance du caractère frauduleux de la complaisance. En raison de cette fraude, l'effet est nul, d'une nullité absolue, comme contraire à l'ordre public. Cette nullité n'est pas opposable au porteur qui s'est fié à l'apparente régularité du titre, mais dès qu'il connaît l'existence du vice, il ne peut plus se prévaloir de l'apparence trompeuse, la nullité lui devient opposable (4). C'est l'opinion partagée par la plupart des auteurs (5) et par la Cour de Cassation (6).

(1) Lacour et Bouteron, t. II, n° 1395.

(2) Cass. Req., 27 juillet 1897, D. 97, I, 607 ; Lyon, 23 mars 1938, D. H. 1939, Som., p. 3 ; Montpellier, 9 novembre 1950, D. 1951, Som., p. 23, R. T. D^e Com., 1951, p. 551, n° 5, note J. Becqué et H. Cabrillac ; Rennes, 2 décembre 1952, J. C. P., 1953, IV, Som., p. 159, R. T. D^e Com., 1954, p. 118, n° 2, note J. Becqué et H. Cabrillac.

(3) Lescot et Roblot, t. II, n° 976, p. 469.

(4) La formule de l'article 121 ne s'applique pas en l'espèce. Priver le porteur du bénéfice de l'apparence parce qu'il a agi sciemment au détriment du débiteur, suppose d'une part que ce débiteur est digne d'intérêt et n'a commis aucune fraude, et d'autre part que le titre était valable malgré l'exception dont bénéficie le débiteur. Il faut donc revenir à la notion classique de bonne foi : ignorance de la réalité (voir J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, n°s 330 et 341 et suivants).

(5) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 537-6 (5^e Ed.) ; Thaller et Percerou, n° 1438 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 615 ; Hamel, t. II, n° 1043 ; Lescot et Roblot, t. II, n° 976, p. 470 ; Penoud, *Ann. D^e Com.*, 1905, p. 10 ; Hémard, thèse précitée, p. 108 ; J. Calais-Auloy, précité, n°s 342 et suivants ; Viste, thèse précitée, p. 45 et suivantes.

(6) Cass. Req., 31 janvier 1849, D. 49, I, 134 ; Cass. Req., 8 juin 1891, S. 1892, I, 439 ; Cass. Req., 30 juin 1919, G. P., 1919, II, 73 ; Cass. Civ.,

Cette solution se rapproche de la précédente. Le banquier accepte d'escompter un effet dont il connaît le caractère frauduleux, s'associe, dans une certaine mesure, à la fraude du complu et du complaisant, il devient leur complice en facilitant la négociation du titre et en participant à sa circulation.

Connaissance de la fraude et participation à la fraude sont ici synonymes. Ainsi peuvent s'expliquer les divergences de doctrine et de jurisprudence, plus apparentes que réelles.

136. — La bonne foi se présument, il appartient au complaisant, qui veut écarter le recours du banquier, de démontrer que ce dernier connaissait le véritable caractère de cet escompte.

Cette preuve peut évidemment être rapportée par tous moyens. Une expertise est souvent ordonnée. Certaines banques classent les effets de complaisance sous une rubrique particulière : « effets spéciaux ». Ce classement facilite, dans une certaine mesure, la preuve de la mauvaise foi, mais il n'a cependant rien de probant : au moment de l'escompte, le banquier était peut-être de bonne foi, ce qui est suffisant, le classement étant intervenu ultérieurement. De plus, sous la rubrique « effets spéciaux » figurent des effets financiers, effets de cautionnement ou d'ouverture de crédit que la technique bancaire distingue soigneusement des effets commerciaux, mais dont l'escompte est parfaitement valable. En général, la jurisprudence, principalement celle des tribunaux de commerce, se montre sévère à l'encontre des banquiers escompteurs. Certaines décisions considèrent les banquiers « comme disposant d'une force économique suffisante pour exercer un contrôle minutieux des effets qui leur sont présentés à l'escompte, et notamment de la situation des tiers » (1). D'autres admettent couramment que « toute négligence professionnelle est assimilable à la mauvaise foi et en produit les effets » (2).

Cette attitude appelle, à notre sens, les plus expresses réserves. On ne peut tout d'abord déclarer le banquier de mauvaise foi, ou même coupable d'une négligence, du seul fait qu'il n'a pas suffisamment vérifié la véritable nature de tous les effets qui sont présentés à l'escompte (3). Ce serait méconnaître les nécessités pratiques : on ne saurait en effet imposer au banquier des recherches longues et minutieuses

3 novembre 1932, G. P., 1933, I, 40 ; Cass. Req., 11 mars 1935, G. P., 1935, I, 740, S. 1935, I, 75 ; D. P., 1936, I, 80 ; Cass. Com., 17 février 1959, Bull. Cass., 1959, III, 77. Cass. Com., 11 mars 1959, Bull. Cass. Com., 1959, III, 122. R. T. D^e Com., 1959, p. 908, n° 2. Obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

(1) Percerou et Bouteron, t. I, n° 43, p. 40.

(2) Hamel, t. II, n° 1043, p. 764, *in fine*.

(3) Hamel, t. II, n° 1043, p. 763, 764 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 617, p. 447 ; H. Cabrillac, J. Cl. Banque, fasc. 35, n° 28.

sous peine d'entraver le fonctionnement de l'escompte et d'augmenter le coût de l'opération. Mais il faut aller plus loin encore et refuser d'assimiler une négligence avérée à la mauvaise foi ; ainsi, le banquier peut avoir laissé passer, par inadvertance, un indice apparent, révélateur d'un effet de complaisance (tirage en chiffre rond, pour un montant supérieur au volume des affaires normalement traitées par le client sur un individu dont la profession n'a aucun rapport avec la sienne (1). Cette négligence peut être invoquée par les tiers qui ont subi un préjudice du fait de l'escompte et du prolongement fictif de la vie commerciale du complu. A titre de réparation, le banquier peut être privé de sa production dans la faillite du remettant (2). Mais le tiré complaisant ne saurait invoquer cette négligence pour écarter l'action cambiaire du banquier ; il serait mal venu d'alléguer la confiance exagérée et fautive du banquier dans la régularité du titre, alors que sa complaisance avait précisément pour but de faire naître cette confiance. Il ne peut se plaindre d'avoir trop bien réussi. Même fautif, le banquier peut être de bonne foi et acquérir le droit de se prévaloir de l'apparence à l'égard du complaisant.

Il demeure cependant que la négligence du banquier peut être retenue comme circonstance de fait laissant présumer sa mauvaise foi. L'indice est tel qu'il n'a pas pu passer inaperçu aux yeux d'un professionnel ; ce dernier a agi certainement en connaissance de cause (3). Toutefois, cette présomption peut être combattue par la preuve contraire, et si le banquier

(1) Sur les différents indices qui peuvent révéler un effet de complaisance à un banquier de diligence moyenne, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 966, p. 459 ; G. Petit-Dutaillis, n° 432 ; Percerou et Bouteron, t. I, note 1, p. 36. Hémard, p. 130 et suivantes.

(2) En ce sens, voir Lescot et Roblot, t. II, n° 998, p. 493 et suivantes. Hémard, *Les effets de complaisance*, thèse, Paris, 1900, p. 139 et suivantes. Comme le dit excellemment ce dernier auteur : « Il y a dans chaque profession des règles couramment usitées qui s'imposent à ceux qui l'embrassent, et alors même qu'aucune loi ne les édicte, qu'aucune sanction loyale n'y est attachée, c'est une faute de les enfreindre. La prudence est une de ces règles pour les banquiers. Le banquier ne doit pas manquer à la prudence professionnelle. C'est cette qualité considérée in abstracto, c'est-à-dire la prudence que doit avoir un banquier ordinaire, d'après laquelle les juges apprécieront s'il y a faute » (p. 140). Mais cet auteur prend soin de préciser qu'il doit s'agir d'une circulation d'effets. « On ne peut parler de responsabilité quand il ne s'agit que d'un seul effet ou de quelques-uns parce que l'escompte accidentel d'un effet par un banquier ne peut pas constituer à un commerçant un état de prospérité qui trompe les tiers » (p. 139). Le lien de causalité entre la faute et le préjudice est absent. Dans le sens de l'irresponsabilité du banquier pour négligence : Viste, *Les effets de complaisance*, thèse, Montpellier, 1939, p. 81.

(3) Voir Bordeaux, 25 juillet 1935, G. P., 1935, II, 490. En raison des circonstances de la cause, le banquier ne pouvait pas ignorer la nature de l'effet. Comparer Hémard, p. 135.

parvient à établir son ignorance du vice (ignorance fautive, mais ignorance tout de même), il peut exercer valablement son recours cambiaire contre les signataires du titre.

Il suffit que le banquier ignore le vice du titre au moment de l'escompte. Peu importe que plus tard, avant l'échéance, il ait connu sa véritable nature. Doctrine et jurisprudence sont unanimes (1).

Sous-section II. — Nécessité d'un titre appartenant au remettant : l'escompte des titres perdus ou volés

137. — Les banquiers escomptent parfois des titres qui n'appartiennent pas au remettant : celui-ci les a trouvés ou bien les a volés. Il peut aussi agir sans intention malicieuse et se croire propriétaire alors qu'il ne l'est pas. Dans tous ces cas, le remettant se présente comme véritable propriétaire du titre (2) et en demande l'escompte. Le porteur dépossédé ne manquera pas de faire opposition entre les mains du tiré pour éviter que celui-ci ne paie entre les mains d'un tiers porteur et ne se dise ensuite valablement libéré (art. 137, alinéa 3, Code de Commerce) (3). Si bien qu'à l'échéance, et même avant, un double débat peut s'engager, l'un entre le banquier escompteur et le porteur dépossédé, relatif à la propriété du titre ; l'autre, entre le banquier escompteur et le remettant, relatif à la validité du contrat d'escompte (4). Il importe de déterminer les droits du banquier escompteur vis-à-vis de ses deux adversaires éventuels. L'article 120, deuxième alinéa, Code de Commerce, pour la lettre de change et le billet à ordre, l'article 21, du D.L. du 30 octobre 1935, pour le chèque, et la loi du 15 juin 1872, pour les titres au porteur, permettent de trancher

(1) Cass. Req., 11 mars 1935, précité. G. P., 1935, I, 740 S. 1935, I, 75. Lescot et Roblot, t. II, n° 978.

(2) Nous étudierons plus loin l'hypothèse où le remettant se présente comme mandataire du dépossédé. L'article 120, C. Com., s'applique également, mais le problème se complique du fait de l'intervention de la théorie du mandat apparent et de l'article 114, alinéa 3. Voir *infra*, nos 166 et suivants.

(3) La loi du 15 juin 1872 a établi pour les titres au porteur un système original qui peut être amené à fonctionner dans la mesure où ces titres sont susceptibles d'escompte ; nous laisserons son étude de côté pour n'envisager que l'escompte des effets de commerce perdus, volés ou détournés. Si l'escompte porte sur des créances non incorporées dans un titre, le problème ne peut pas se poser car le titre, simple instrument de preuve, ne représente pas la créance, celle-ci n'est pas susceptible de perte ou de détournement qui soient opposables au créancier dépossédé.

(4) Le banquier escompteur évincé a toujours le droit d'agir en garantie contre le remettant. Le problème que nous étudions ici est celui de la validité du contrat d'escompte ainsi réalisé.

le débat entre banquier escompteur et porteur dépossédé, puisque vis-à-vis de ce dernier le banquier se présente comme un porteur quelconque.

Par contre, aucun texte relatif aux effets de commerce, aux titre au porteur ne permet expressément de trancher le débat entre banquier escompteur et remettant au sujet de la validité du contrat d'escompte. Cependant l'escompte, contrat sui generis, suppose un transfert du titre en toute propriété au banquier escompteur, il se rapproche par là de la vente, et par analogie, il faut, croyons-nous, appliquer l'article 1599 du Code civil prévoyant la nullité de la vente de la chose d'autrui.

Le problème de l'action en revendication du porteur dépossédé, et le problème de la validité du contrat d'escompte apparaissent ainsi étroitement liés puisqu'une partie très autorisée de la doctrine contemporaine voit dans l'action en nullité de l'article 1599 la mise en œuvre anticipée de la garantie d'éviction (1) et ne peut être intentée que s'il y a un juste sujet de craindre l'éviction (2).

138. — Ici, comme en matière d'effets de complaisance, il est nécessaire de distinguer suivant que le banquier est de mauvaise ou de bonne foi. Précisons que l'article 120, Code de Commerce, et l'article 21, du D.L. de 1935, sur le chèque, attachent des effets identiques à la mauvaise foi et à la faute lourde commise par le banquier lors de l'acquisition du titre. La notion de mauvaise foi n'offre ici aucune difficulté, elle s'entend de la simple connaissance de la dépossession involontaire dont a été victime un précédent porteur. L'existence de la faute lourde est une question d'espèce. Commet sans doute une faute lourde le banquier qui ne vérifie pas la continuité et la régularité de la chaîne des endossements et ne s'aperçoit pas d'une brisure (il n'a pas alors la qualité de porteur légitime exigée pour invoquer l'art. 120 ou l'art. 21). Il en est de même si le banquier accepte d'escompter un effet que le remettant tiendrait d'un endosseur sans qu'il existe entre ces derniers des relations d'affaires évidentes : le banquier doit demander des éclaircissements et des justifications. La notion de bonne ou de mauvaise foi, ainsi que celle de faute lourde, ne motive aucune étude particulière, il suffit d'examiner leurs effets.

(1) *Traité pratique de Droit civil de Planiol et Ripert*, t. X, par Hamel, n° 48 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, t. II, par Brethe de la Gressaye, n° 104, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 2317.

(2) Cass. Civ., 12 décembre 1921, D. P., 1922, I, 28 ; Cass. Req., 13 juin 1925, S. 1925, I, 251 ; Aix, 3 novembre 1947, D. 1948, 10.

I. - LE BANQUIER ESCOMPTEUR EST DE MAUVAISE FOI OU A COMMIS UNE FAUTE LOURDE

139. — Il est exceptionnel que le banquier escompte un effet en sachant qu'il n'appartient pas au remettant. Généralement, il est victime de la manœuvre de son client et escompte à son insu un effet appartenant à autrui ; un excès de confiance peut l'amener à négliger certains indices révélateurs de la dépossession et à commettre ainsi une faute lourde dont les conséquences sont assimilées à celles de la mauvaise foi.

Dans l'un et l'autre cas, même si le banquier détient le titre à la suite d'une chaîne ininterrompue d'endossements réguliers, la loi lui préfère le porteur dépossédé et permet à celui-ci de reprendre son titre. L'article 120, du Code de Commerce, et l'article 21, du D.L. du 30 octobre 1935, sur le chèque, sont formels.

Succombant ou risquant de succomber dans le débat qui l'oppose au porteur dépossédé, le banquier qui s'aperçoit de sa faute et la reconnaît (1) peut immédiatement, dès avant l'échéance du titre, agir en nullité du contrat d'escompte et en répétition de la somme versée. L'article 1599, en ne distinguant pas suivant que l'acquéreur est ou non de mauvaise foi, lui en donne le droit le plus absolu. Cette possibilité d'agir avant l'échéance en répétition des sommes versées, présente l'avantage de permettre au banquier, après l'autorisation du président du tribunal de grande instance, de saisir-arrêter les créances du remettant à l'encontre de tiers. Cet avantage est plus théorique que pratique, l'auteur d'un vol ou d'un détournement étant généralement insolvable ou s'empressant de disparaître. L'intérêt du problème est donc faible ; la jurisprudence n'a pas eu à en connaître.

140. — Cependant, une double réserve s'impose :

1° Même de mauvaise foi, le banquier escompteur n'est point tenu de se dessaisir du titre si le remettant (ou même un précédent porteur) était lui-même de bonne foi et non coupable de faute lourde. L'article 120 du Code de Commerce, reproduisant l'article 16 de la loi uniforme, ne le dit pas explicitement, mais la solution résulte d'une déclaration formelle insérée dans le rapport du Comité de rédaction de la Conférence de Genève : « ... Il a été entendu que, lorsqu'un endossataire a ignoré la perte ou le vol (ou plus généralement le fait que le porteur a été illégitimement dépossédé) de la

(1) Si le banquier est de mauvaise foi, il n'exercera pas l'action en nullité, car il espère bien que sa fraude ne sera jamais découverte et qu'il pourra conserver le titre.

lettre de change, celle-ci se trouve par là-même purgée du vice dont elle était entachée de ce chef, et qu'elle peut être transmise ultérieurement à un autre endossataire, même si ce dernier connaît la dépossession illégitime antérieure (1). »

Cette solution est critiquée par la doctrine (2). Elle nous paraît, au contraire, pleinement justifiée. Le porteur antérieur, de bonne foi et non coupable de faute lourde, a acquis tous les droits résultant de la lettre de change. Ce serait réduire ces droits que de l'empêcher, en fait sinon en droit, de remettre ce titre à l'escompte une fois la dépossession connue de son banquier, ou de le remettre en paiement à son créancier au courant de la dépossession. Le porteur a acquis légitimement des droits. Il doit pouvoir les négocier librement et ouvertement. Il ne s'agit pas de protéger les tiers acquéreurs connaissant la dépossession, mais d'assurer au porteur de bonne foi la plénitude des droits issus de la lettre de change, y compris celui de la négocier : on ne peut parvenir à ce résultat qu'en déclarant le vice définitivement purgé, même à l'égard des acquéreurs connaissant la dépossession.

Pour triompher dans son action en revendication, le porteur dépossédé doit donc démontrer la mauvaise foi ou la faute lourde de tous les porteurs postérieurs à la dépossession.

2° Par suite le banquier escompteur de mauvaise foi ne peut exercer l'action en nullité contre le remettant de bonne foi et non coupable de faute lourde. Il ne risque pas, en effet, d'avoir à se dessaisir du titre entre les mains du tiers dépossédé, et l'action de l'article 1599 est liée à l'existence d'un risque d'éviction. De plus le remettant, en raison de sa bonne foi, ou de son absence de faute, a acquis « la propriété » de la lettre de change. On ne peut plus parler d'aliénation de la chose d'autrui.

Ces deux solutions doivent être étendues à tous les titres à ordre.

144. — Lorsque le banquier et le remettant (ou même un porteur précédent) sont de mauvaise foi ou coupables de faute lourde, on pourrait être tenté de soutenir que l'opération accomplie ne constitue pas un escompte, mais un prêt pur et simple. En effet, le banquier n'acquiert aucun droit contre un tiers puisqu'il est tenu de se dessaisir de l'effet entre les mains du *verus dominus*. Il manque donc une des conditions d'existence du contrat d'escompte. L'opération n'est-elle pas, en réalité, un prêt ? Une telle argumentation ne peut être admise.

(1) *Compte rendu*, p. 132, n° 44.

(2) Lescot et Roblot, t. II, n° 745, p. 215 ; J. Calais-Auloy, *op. cit.*, n° 349.

Il s'agit d'un escompte nul, et non pas d'un prêt valable. Lorsque le banquier est coupable d'une faute lourde, la solution ne fait aucun doute : le banquier avait bien l'intention de réaliser un escompte. Elle s'impose encore lorsqu'il est de mauvaise foi : s'il a accepté l'effet à l'escompte, c'est qu'il pensait que sa mauvaise foi ne serait pas démontrée. Il avait toujours l'intention de réaliser un escompte et non un prêt. Au demeurant, l'intérêt de la qualification de l'opération est purement théorique, les avantages fiscaux qui s'attachaient à l'opération d'escompte ayant disparu depuis la réforme fiscale de 1948.

II. - LE BANQUIER ESCOMPTEUR EST DE BONNE FOI ET N'A COMMIS AUCUNE FAUTE LOURDE

142. — La loi accorde sa protection au porteur de bonne foi qui n'a commis aucune faute lourde en acquérant le titre et écarte la revendication du porteur dépossédé. Cette solution se justifie par des raisons d'ordre pratique : « La circulation des effets de commerce, écrivent MM. Lescot et Roblot (1), serait singulièrement entravée si l'acquéreur de bonne foi d'une lettre de change pouvait à tout moment s'en voir retirer le bénéfice par la victime de la perte, du vol ou du détournement. » Il importe de protéger celui qui a contracté sur la foi d'une apparence, sauf à se montrer plus sévère pour admettre l'existence d'une erreur légitime (2).

Dans cette hypothèse, le banquier escompteur conservera donc le titre escompté et pourra en exiger le paiement de tous ses signataires, y compris, croyons-nous, le porteur dépossédé si sa signature figure sur le titre.

Si le banquier n'est pas tenu de se dessaisir du titre, il a tout de même acquis la chose d'autrui, peut-il dès lors agir en nullité du contrat d'escompte ? Si, avec la doctrine actuelle, on voit dans l'action en nullité de l'article 1599 la mise en œuvre anticipée de la garantie d'éviction, il faut, pour que cette action soit recevable, qu'il y ait un juste motif de craindre l'éviction. Or, si le banquier est de bonne foi, et n'a commis aucune faute lourde, l'éviction ne peut se produire. Il lui est donc impossible de demander la nullité du contrat d'escompte et d'agir en répétition des sommes versées dès avant l'échéance du titre.

Une telle solution, si elle est conforme à la doctrine la plus autorisée en matière de nullité de la vente ou de la chose

(1) T. II, n° 744.

(2) J. Calais-Auloy, n° 346.

d'autrui, enlève une grande partie de son utilité pratique à la règle de l'article 1599. Le banquier escompteur hésitera à exercer l'action en nullité, car le fait de l'intenter semble supposer qu'il craint de succomber devant la revendication du porteur dépossédé ; il semblerait reconnaître sa mauvaise foi ou sa faute lourde. Il préférera conserver l'effet jusqu'à l'échéance et essayer de repousser l'action en revendication du porteur dépossédé et d'obtenir le paiement de l'effet à l'échéance (1), mais il perdra ainsi la possibilité — exceptionnelle il est vrai — de saisir-arrêter, dès avant l'échéance, les créances du remettant. Paradoxalement, la règle tourne à l'avantage de ce dernier. Il est également anormal d'imposer au banquier de conserver la chose d'autrui contrairement à toute règle morale. Permettre l'action en nullité contre le remettant assurerait tout à la fois une protection plus efficace au porteur actuel en permettant de saisir-arrêter les avances du remettant dès avant l'échéance, et également du porteur dépossédé en lui permettant de poursuivre la revendication du titre contre le remettant de mauvaise foi ou coupable d'une faute lourde (2).

(1) Si l'opposition pratiquée par le porteur dépossédé retarde le paiement à l'échéance, le banquier peut, croyons-nous, se retourner immédiatement contre le remettant qui a garanti le paiement à l'échéance.

(2) Au cas où le remettant ou un porteur antérieur est de bonne foi ou non coupable d'une faute lourde, voir *supra*, n° 140, p. 181.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE TENANT A LA SOMME ESCOMPTÉE (1) ET A LA RÉMUNÉRATION DU BANQUIER

143. — En contrepartie de la remise du titre en toute propriété, le banquier s'engage à en payer immédiatement le montant nominal sous certaines déductions qui constituent sa rémunération. La somme qu'il doit ainsi payer au remettant constitue l'objet de son obligation. On l'appelle « somme escomptée » (1) ou « produit net de l'escompte ».

Cet objet consiste donc nécessairement en une somme d'argent qui doit être versée en une fois et immédiatement au remettant, ou, si elle n'est pas versée, mise à son entière disposition. On ne conçoit pas un escompte dans lequel le banquier remettrait des marchandises ou s'engagerait à verser la somme escomptée par mensualités. Ces conventions seraient en elles-mêmes valables, mais elles ne constitueraient pas un contrat d'escompte, car elles ne répondraient pas à sa finalité économique : mobilisation des créances ou des titres de crédit. Il est inutile d'insister sur cette évidence et le seul problème qui se pose est de déterminer le montant que doit atteindre la somme remise au client pour que l'opération puisse être qualifiée d'escompte.

Cette somme ne saurait être supérieure au montant de l'effet. S'il en est ainsi l'opération n'est pas un escompte, mais un achat de titre : le banquier achète un titre qui présente pour lui une utilité particulière, et en offre un prix plus élevé que sa valeur nominale, mais il n'a pas l'intention de réaliser une opération de crédit. En matière d'escompte, le Conseil

(1) Sur cette expression tirée de l'italien, voir *supra*, n° 71, et les notes.

National de Crédit impose des conditions de banque minimum, la somme escomptée sera toujours inférieure au montant nominal de l'effet. Tout le problème consiste à déterminer dans quelle mesure elle peut être inférieure au montant de l'effet sans qu'elle devienne illicite et sans que l'opération cesse d'être un escompte.

La différence entre le montant nominal de l'effet escompté et la somme versée constitue la rémunération que le banquier retirera de l'opération en encaissant l'effet à l'échéance ; le problème se ramène donc à déterminer quelle importance peut revêtir cette rémunération du banquier sans faire perdre à l'opération sa qualification d'escompte.

Avant de rechercher la limite dans laquelle doit se cantonner la rémunération du banquier escompteur, il faut préciser les éléments qui la composent.

Section I. — Les éléments de la rémunération du banquier

La rémunération du banquier précomptée sur le montant de l'effet avancé au remettant, se compose de deux éléments :

- l'agio appelé souvent escompte dans la pratique ;
- les commissions.

Sous-Section I. — L'agio ou escompte.

144. — Le banquier met immédiatement à la disposition du remettant une certaine somme d'argent qui ne lui sera remboursée que plus tard, lors de l'échéance de l'effet escompté : il est légitime qu'il fasse payer cet avantage en prélevant un intérêt appelé agio ou escompte. L'importance de cet agio dépend du montant de l'effet, du temps à courir, et du taux d'escompte.

— Logiquement l'agio devrait être calculé d'après le temps restant à courir jusqu'à l'échéance et d'après le montant de la somme mise effectivement à la disposition du remettant (1). La pratique diffère légèrement : 1) - Lorsque l'effet escompté est à brève échéance, l'agio est calculé sur un nombre de jours minimum, afin d'assurer au banquier une rémunération acceptable. 2) - L'intérêt n'est pas calculé sur le montant de la somme mise effectivement à la disposition du remettant (escompte rationnel ou en dedans), mais sur le montant nominal de l'effet escompté (escompte commercial ou en dehors). Cette dernière pratique est significa-

(1) Sur le calcul de l'agio d'escompte, voir Hamel, t. II, n° 1064, p. 816 et suiv., et L. Paves, *La Banque et la Bourse*, n° 272 et suivants.

tive de l'état d'esprit des parties et en accord avec la structure de l'opération. Le remettant cherche à mobiliser sa créance contre un tiers et le banquier, confiant dans son paiement à l'échéance, lui en verse immédiatement le montant. C'est le montant de l'effet qui théoriquement est avancé au remettant et c'est sur lui que doit être calculé l'agio. Mais le fait que celui-ci soit précompté sur la somme avancée aboutit en pratique à un taux d'intérêt plus élevé au profit du banquier. (Sur la légitimité de ce procédé, voir *infra* n° 150).

— Le taux d'escompte est fixé par le banquier en fonction d'éléments divers et variables. En règle générale le banquier doit respecter la réglementation en vigueur sur les conditions de banque et les instructions du Conseil National de Crédit. En fait, seuls des minima sont imposés. Le banquier prend pour base le taux fixé par la Banque de France pour le réescompte appelé le taux de banque, T.B. Il majore le taux-banque d'un ou plusieurs points (le point égale 1 %), afin de s'assurer un bénéfice au cas de réescompte. Cette majoration intervient en fonction d'éléments divers et changeants (1) : possibilité de réescompte, risques courus, longueur du papier..., plus généralement la confiance inspirée au banquier par le remettant et les signatures apposées sur le titre.

145. — L'agio est parfois calculé de façon différente lorsque l'escompte a lieu en compte courant : plutôt que de supporter des agios pendant tout le temps restant à courir jusqu'à l'échéance, certains clients, qui ne sont pas sûrs d'utiliser les fonds mis à leur disposition, préfèrent supporter des intérêts débiteurs, plus élevés que l'agio d'escompte sur les sommes qu'ils prélèvent effectivement. C'est le procédé d'escompte en compte, ou en valeur (2). Il ne diffère du procédé habituel que par la manière de calculer la rémunération du banquier : celui-ci acquiert toujours la propriété de l'effet escompté au jour de l'escompte et, dès cette date, le remettant a la possibilité de retirer des fonds. Le montant de l'effet sans déduction d'escompte figure à son crédit. Cet article de crédit ne produira d'intérêt au profit du remettant qu'à partir de l'échéance ; c'est là un moyen d'octroyer une rémunération minimum au banquier au cas où le remettant ne retire pas ses fonds.

(1) Voir Ferronnière et de Chillaz, n° 284, p. 259, et M. P. Cauboue, *Monnaie, Crédit, Banque*, n° 53, p. 96 et suivantes.

(2) Voir Ferronnière et de Chillaz, n° 280, p. 254 ; Ardant, *Introduction à l'étude des Banques*, p. 120 ; Henri Germain-Martin, *Encyclopédie Dalloz, D^e Com.*, V° Escompte, n° 46 ; Renau d, *l'Escompte*, n° 112 p. 129.

Sous-Section II. — Les Commissions.

146. — Les commissions constituent le remboursement forfaitaire des frais supportés par le banquier du fait de l'opération d'escompte (1). Leur légitimité ne saurait être mise en doute (2). Il est de jurisprudence (3) et de doctrine constantes que le banquier peut, en plus de l'agio, prélever sur le montant de l'effet la rémunération de ses peines et soins. Rien n'empêche les parties de décider que le remettant supportera les frais de l'opération. D'ailleurs ces commissions sont généralement prévues et leur importance déterminée par le Conseil National de Crédit. Mais le banquier escompteur est en droit de demander à son client une commission spéciale pour des frais exceptionnels. Les tribunaux se réservent seulement un droit de contrôle en vue de vérifier si elles correspondent effectivement à des frais déboursés (4), faute de quoi les commissions seraient dépourvues de cause et constitueraient en fait un supplément d'intérêt (voir infra n° 150).

Ces commissions sont de plusieurs sortes ; on distingue parmi les principales : 1) - la commission de manipulation, d'un montant fixe, 0,10 N.F. ; 2) - la commission d'endos, 0,40 % par an. Cette commission est proportionnelle au montant de l'effet et au temps à courir jusqu'à l'échéance. On pourrait donc y voir un supplément d'intérêt. En réalité il n'en est rien. Cette commission a été instituée en juillet 1947, afin de faire face à l'augmentation des charges supportées par les banques en les répercutant sur la clientèle. 3) - Une commission pour papier long (au delà de 60 jours et de 90 jours). 4) - Certaines banques prélèvent une commission fixe pour les frais de présentation à l'acceptation. 5) - « Le change », commission spéciale destinée à couvrir les frais d'encaissement du papier déplacé, est en voie de disparition. 6) - Il existe enfin des commissions particulières pour les effets tirés sur l'Algérie et l'étranger.

Le banquier déduit également du montant de l'effet la taxe sur le chiffre d'affaires calculée sur l'ensemble des agios et des commissions perçues.

Il ressort de cette étude que le banquier dispose d'une certaine liberté pour fixer le montant de l'agio et même des commissions suivant les caractéristiques de l'opération d'es-

(1) En ce sens, H. Cabrillac, *Juris-Classeur Banques*, fasc. 35, n° 21 ; Hamel, t. II, n° 1063, p. 815 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 604 ; Henri Germain-Martin, *Enc. Dalloz D^e Com.*, V° Escompte, n° 78.

(2) Voir cependant Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 707, p. 665.

(3) Cass., 17 mars 1862, S. 1862, I, 430 ; Cass., 14 juin 1870, S. 1870, I, 339.

(4) Voir les références citées par Hamel, t. II, n° 1063, p. 815, note 2.

compte envisagée. Cette liberté risque de conduire à des abus en permettant la perception, d'agios très élevés ; aussi convient-il de rechercher si cette liberté comporte une limite et quelles sont, au cas de dépassement, les sanctions prévues.

Section II. — Les limites de la rémunération du banquier

Sous-Section I. — Détermination d'une limite.

147. — La solution du problème dépend de la nature juridique attribuée au contrat d'escompte (1).

— Si l'escompte est un prêt, la rémunération du banquier doit se cantonner dans les limites permises par le décret du 8 août 1935 relatif à l'usure. Le banquier escompteur ne peut pratiquer « un taux effectif dépassant de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit présentant les mêmes risques... » En cas de dépassement de cette limite le banquier s'expose aux sanctions pénales et civiles prévues par ce décret : condamné pour usure par le tribunal correctionnel il sera tenu de restituer à son client les perceptions excessives qu'il a retenues lors de l'escompte.

— Si l'escompte est un achat, la rémunération du banquier ne subit aucune limitation ; le prix de vente est librement débattu entre parties, et le banquier peut demander la rémunération qu'il désire sans risquer de se voir condamner pour usure. S'agissant d'une vente d'objet mobilier, il n'a même pas à craindre une rescision pour lésion.

Sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, limitant le taux d'intérêt en matière commerciale et civile, la jurisprudence avait décidé que le banquier escompteur échappait à cette limitation et pouvait librement fixer le taux d'escompte (2). Cette solution paraissait devoir être maintenue par la jurisprudence pour l'application du décret-loi du 8 août 1935. Cependant la Cour de Cassation, par un arrêt du 18 octobre 1946 (3), a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait condamné pour usure un banquier escompteur.

(1) En ce sens, H. Cabrillac *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 657 ; Hamel, t. II, n° 1037, p. 744 ; Henri Germain-Martin, art. à l'*Enc. Dalloz*, D^e Com., V° Escompte, n°s 23 et suivants.

(2) Voir les nombreux arrêts cités par Ruben de Couderc dans son *Dictionnaire de Droit*, V° Escompte, n° 134, et voir *supra*, n° 57.

(3) G. P., 1946, II, 235 ; J. C. P., 1947, Ed. Commerce et Industrie, n° 3432 ; S. 1948, I, 65, note Bruzin ; *Revue de science criminelle*, 1947, p. 92, note Bouzat.

148. — Pour nous l'escompte est un contrat de nature hybride, il n'est ni un prêt ni un achat.

Ce n'est pas un prêt car la somme d'argent versée au remettant a pour contrepartie la remise en toute propriété d'une créance ou d'un titre, ce qui est exclusif de l'idée d'un prêt. Il est donc à notre sens impossible d'appliquer à l'opération d'escompte les sanctions du décret du 8 août 1935 sur l'usure ; ce décret ne vise que le prêt ; comme tout texte pénal est d'interprétation stricte, il ne peut sanctionner le taux exagéré pratiqué dans les opérations de crédit différentes du prêt. La doctrine est unanime sur ce point (1). L'arrêt de la Chambre Criminelle du 18 octobre 1946 est difficilement explicable. Dans cette espèce le taux pratiqué était manifestement exagéré (de 38 % à 75 %) et il se peut que les juges du fait aient considéré implicitement cet escompte comme un prêt déguisé, justiciable à ce titre du décret du 8 août 1935 (2), et la Cour de Cassation par un souci de justice supérieure, a entériné cette solution qui, fondée en droit, avait seulement le tort d'être implicite. Cet arrêt n'est à notre sens qu'un arrêt d'espèce motivé par des contingences particulières.

Mais, du fait que l'escompte ne soit pas un prêt et échappe aux sanctions civiles et pénales du décret du 8 août 1935, il ne faut pas conclure que la rémunération du banquier échappe à toute limitation.

— L'escompte en effet n'est pas un achat et les parties n'ont pas selon nous une liberté absolue pour débattre le montant de la somme dûe au remettant et la rémunération prélevée par le banquier (3).

Dès lors, où trouver la limite que ne saurait dépasser la rémunération du banquier ? Il faut là encore se souvenir que l'escompte est une opération de crédit basée sur l'acquisition d'un titre ou d'une créance. Le banquier ne spéculé pas sur cette acquisition comme le ferait un acheteur, il anti-

(1) F. Goyet par M. Rousselet et M. Patin, *Droit pénal spécial*, n° 899.

(2) Voir *infra*, n° 149. On peut remarquer également que le prévenu n'avait pas soulevé le problème de la nature juridique de l'escompte et avait accepté le débat sur le terrain du prêt, en se contentant de nier l'usure. Pour M. X. Marin, cet arrêt n'implique pas un revirement de principe : *Banque*, 1954, p. 39, première colonne sous l'arrêt de Cass. du 2 novembre 1953.

(3) L'article 1591 du *Code civil* (« le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties ») ne s'applique pas à l'escompte, même par analogie. La somme à verser au remettant se trouve déterminée automatiquement : c'est le montant nominal de l'effet. Le problème est donc uniquement de déterminer le montant de la rémunération du banquier. Ainsi se justifie la façon dont nous avons abordé le problème et le libellé de nos intitulés visant la rémunération du banquier.

cipe sur le paiement du titre à son échéance et met immédiatement le montant de ce titre à la disposition du remettant.

C'est une opération de crédit qui comporte des sûretés en elle-même (1). Par conséquent le banquier ne saurait valablement exiger une rémunération du capital versé supérieure à celle autorisée pour les opérations de crédit plus dangereuses telles que le prêt.

On peut donc affirmer que le maximum que peut atteindre la rémunération du banquier est déterminé en fait par le décret-loi du 8 août 1935. Cependant il est bien entendu qu'on ne peut appliquer directement au banquier escompteur les sanctions pénales et civiles prévues par ce décret puisque ce texte d'interprétation stricte ne vise que le prêt.

Mais dès lors quelles seront les sanctions, ou plus exactement les conséquences du dépassement de la limite ainsi fixée ?

Sous-Section II. — Les conséquences du dépassement de cette limite.

149. — Ces conséquences devraient être, selon nous, les suivantes : si le banquier pratique un taux supérieur de plus de moitié à celui pratiqué par les prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant des risques identiques, il n'y a plus escompte. Il s'agit moins d'une condition de validité que d'une condition d'existence de l'opération d'escompte. Ainsi que le note la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 mars 1938 (2), « un prix d'achat très inférieur à la valeur nominale de la créance est exclusif de toute idée d'escompte ». L'opération constitue dans ce cas soit un achat, soit un prêt usuraire.

L'escompte suppose nécessairement la confiance du banquier dans le paiement du titre. C'est parce qu'il pense que le titre lui sera payé à l'échéance soit par des tiers, soit par le remettant qu'il consent à en avancer le montant nominal. Il a droit à la rémunération du capital ainsi versé, mais il ne peut exiger au-delà de ce qui est permis pour les opérations de crédit qui reposent exclusivement sur la confiance dans l'emprunteur. S'il prend au-delà, de deux choses l'une :

(1) C'est là une affirmation courante (Escarra et Rault, t. VI, p. 402), mais le mot sûreté ou garantie doit s'entendre dans un sens plus économique que juridique. Nous savons en effet que le banquier devient propriétaire absolu de l'effet.

(2) G. P. 1938, I, 834 ; S. 1938, I, 166.

1° - On peut présumer qu'il n'a pas confiance dans le paiement du titre ou dans la solvabilité du remettant, et que « le pourcentage exigé n'est que la contrepartie du risque d'insolvabilité » (1). L'opération a un caractère aléatoire, le banquier spéculer sur le paiement de ce titre douteux : cette volonté de spéculer, cet aléa, sont le propre de l'achat et sont exclusifs de l'idée d'escompte. Il manque l'élément essentiel de toute opération de crédit, la confiance. Dire que l'opération est un achat n'est point un simple changement de qualification du contrat sans importance pratique, la conséquence en est au contraire fort grave pour le banquier : il perd ses recours en garantie contre le remettant aussi bien le recours fondamental qui serait né du contrat d'escompte que le recours cambiaire (2).

On serait tenté d'affirmer qu'il s'agit d'un escompte à forfait. L'expression serait fautive. Il n'y a pas escompte car il manque la confiance du banquier dans le paiement du titre, et par suite la correspondance étroite qui doit exister entre le montant nominal de l'effet et la somme versée, nécessaire dans tout escompte. D'ailleurs l'idée de spéculation est exclusive de l'escompte à forfait comme de l'escompte ordinaire ; il s'agit d'un achat à forfait (3).

2° - Ou bien, s'il a confiance dans le paiement du titre (4), l'opération est en fait un prêt usuraire déguisé sous la forme d'un escompte ; il appartient au juge du fond de restituer au contrat sa véritable qualification et d'appliquer alors les sanctions du décret du 8 août 1935 (5). Le seul dépassement de la limite fixée par ce décret les invitera d'ailleurs à rechercher si ce pseudo-escompte ne cèle pas une convention de prêt usuraire, au lieu de constituer un achat.

En résumé il n'y a escompte que si la rémunération du banquier se maintient dans les limites raisonnables du décret-

(1) Arrêt du 8 mars 1938, G. P. 1938, I, 834.

(2) Voir l'arrêt du 8 mars 1938, précité. La doctrine (Escarra, n° 1168, Lescot et Roblot, t. I, n° 249, p. 276, Piret, n° 208, p. 279) admet que le porteur d'un effet de commerce peut renoncer tacitement à la garantie cambiaire. Cette renonciation tacite résulte notamment d'un prix d'achat trop bas : le critère de fait peut se trouver, selon nous, dans la limite fixée par le décret du 8 août 1935.

(3) Voir la note anonyme sous l'arrêt du 8 mars 1938 à la *Gazette du Palais*.

(4) Si le titre n'a aucune valeur et l'escompteur aucune confiance dans son paiement, il peut y avoir prêt usuraire mais aussi achat. C'est au juge du fait à rechercher l'intention des parties.

(5) La jurisprudence a appliqué maintes fois ce principe à la vente à réméré et aux autres contrats susceptibles de cacher un prêt usuraire. *Enc. Dalloz, D^e Viv.*, V° Intérêts des capitaux, n° 51, et *Enc. Dalloz, D^e Pinal*, V° Usure, n° 6. Pour l'escompte, voir Cass. Crim., 16 août 1877, D. 79, I, 238. Cass. Crim., 20, I, 1888, D. 88, I, 239.

loi du 8 août 1935, un taux modéré est l'expression nécessaire de la confiance du banquier dans le paiement du titre. Au-delà de cette limite on doit admettre qu'il s'agit d'un achat à forfait ou d'un prêt usuraire. Ainsi les usuriers ne pourront utiliser l'escompte comme moyen juridique de réaliser impunément leur trafic.

Sous-Section III. — Mise en œuvre du critère dégagé.

Il est difficile en fait de déterminer si le banquier a dépassé la limite du décret de 1935. Les juges du fait devront rechercher si le taux d'escompte effectivement pratiqué dépasse de plus de moitié le taux moyen pratiqué par des prêteurs de bonne foi pour des opérations de crédit comportant les mêmes risques.

150. — 1° - Pour déterminer le taux d'escompte effectivement pratiqué on doit en principe considérer uniquement l'agio qui constitue seul l'intérêt du capital versé au remettant. Les diverses commissions perçues ne doivent pas entrer en ligne de compte dans la mesure où elles correspondent à des frais réellement exposés par l'escompteur (1), faute de quoi elles constituent un supplément d'intérêts et doivent être ajoutées à l'agio (2). Cette question est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond ; leur tâche sera facilitée par les barèmes établis par le Conseil National de Crédit. Si une commission dépasse exagérément le montant fixé par cet organisme, et si le banquier ne fournit aucune justification, ils peuvent admettre qu'il y a dissimulation du taux d'escompte effectivement pratiqué. Pour déterminer si le taux d'escompte dépasse la limite du décret du 8 août 1935, il faudrait en principe tenir compte de la pratique de l'escompte en dehors et, pour les effets courts, du calcul de l'agio sur un nombre de jours minimum, pratiques qui aboutissent à une augmentation du taux d'escompte (3). Une telle solution ne paraît pas souhaitable (4). D'une part la pratique de l'escompte est l'objet d'une véritable coutume commerciale dont il serait inopportun de contester la légitimité. D'autre part, pour le papier de courte durée, l'agio se calcule

(1) J. de la Morandière, Houin, Rodière, *Précis D^e Com.*, n° 642.

(2) Cette solution est consacrée par une jurisprudence constante pour le prêt (*Enc. Dalloz, D^e Civ.*, V° Intérêts des capitaux, n° 58) ; il faut appliquer cette jurisprudence à notre matière ; voir d'ailleurs l'arrêt de la Ch. Crim., 18 octobre 1946, G. P. 1946, 2, 235.

(3) En ce sens, Thaller et Percerou, t. II, n° 1627.

(4) La Commission de Réforme du Code de Commerce a entériné ces deux pratiques dans l'article 2 de l'avant-projet du 17 octobre 1952.

sur un nombre minimum de jours « afin que la rémunération du banquier couvre au moins les frais d'encaissement » (1) ; l'augmentation du taux d'intérêt est licite au même titre que les différentes commissions. Cette façon de procéder est d'ailleurs imposée par le Conseil National de Crédit. Au surplus toutes les banques appliquant ces deux méthodes de calcul de l'agio, le taux d'escompte effectivement pratiqué ne pourra pour cette raison dépasser de plus de moitié le taux moyen pratiqué dans les « mêmes conditions » par les escompteurs de bonne foi.

151. — 2° - Pour déterminer ce taux moyen, les juges du fait, souverains en la matière, doivent considérer les taux pratiqués par les différents prêteurs de bonne foi pour les opérations, présentant les mêmes risques.

La Cour de Cassation n'a pas encore été amenée à donner une définition du prêteur de bonne foi. Mais la Cour de Paris (2) en a précisé deux caractères que l'on peut appliquer en notre matière : - On ne saurait considérer de bonne foi les individus, qui, bien que faisant profession habituelle d'effectuer des opérations à court et moyen terme, ne se sont pas faits inscrire sur la liste des banques ou des établissements financiers et sont ainsi en état d'infraction permanente, et les individus qui se concertent pour pratiquer et maintenir des taux abusifs.

Il est plus difficile de déterminer « les opérations de crédit présentant les mêmes risques » que l'opération envisagée. En matière de prêt, la Cour de Cassation semble admettre que les mêmes risques doivent s'apprécier dans l'abstrait d'une façon générale. Les juges doivent rechercher le taux pratiqué pour des opérations de caractéristiques similaires et non pas le taux que des individus de bonne foi auraient pratiqué dans l'opération envisagée. Ainsi par un arrêt du 5 décembre 1946 (3) la Chambre Criminelle a cassé une décision qui « après avoir constaté que le taux pratiqué était de 37 %, alors que le taux d'intérêt moyen pratiqué dans la région était de 10 %, écarte cependant la prévention pour le motif que, de l'avis de plusieurs directeurs de banques, les risques de l'opération étaient tels que jamais le prêt n'aurait été consenti par un établissement de crédit ».

On doit appliquer cette jurisprudence à l'escompte. Il faut considérer le taux d'escompte moyen pratiqué dans des

(1) Ferronnière et de Chillaz, n° 285, p. 260.

(2) Paris, 9 février 1953, J. C. P. 1953, II, 7596, note Vassogne.

(3) D. 1947, J. 60, S. 1948, I, 65, note Bruzin. *Revue de science criminelle*, p. 234, note critique de M. Bouzat.

opérations d'escompte présentant les mêmes caractéristiques générales et non pas le taux que des banques de bonne foi auraient été amenées à pratiquer dans l'opération d'escompte envisagée.

Nous ne pensons pas que des risques démesurés autorisent un taux d'escompte excessif. L'opération tourne alors à la spéculation, ce qui est exclusif de l'idée d'escompte.

L'arrêt du 18 octobre 1946 (1) précise que le juge, pour apprécier le taux moyen, doit se placer à la date où l'escompte a été effectivement pratiqué et non pas à la date où le taux a été stipulé, lors de l'ouverture du crédit d'escompte. Cette précision vaut pour la solution que nous avons proposée.

(1) G. P. 1946, 2, 235, et la note. S. 1948, I, 65 (première espèce).
Revue de science criminelle, 1947, p. 92, avec les observations de M. Bouzat.

TITRE III

MODALITÉS DE FORMATION ET D'EXÉCUTION DU CONTRAT D'ESCOMPTE

152. — L'escompte peut se présenter comme une opération isolée. Un client, parfois même un client occasionnel, demande au banquier d'escompter tel effet déterminé. Après discussion, examen du papier, l'accord une fois réalisé, le client endosse ce titre au banquier s'il ne l'a déjà fait, le banquier lui verse en espèces le produit de l'escompte, ou le porte au crédit de son compte de dépôt ou de son compte courant (1).

Mais, le plus souvent, la réalité est plus complexe. Au lieu d'escompter les effets isolément, chacun d'eux faisant l'objet de discussions et de conditions particulières, le banquier peut s'engager à escompter à des conditions fixées d'avance tous les effets ou certains effets que lui présentera le client, jusqu'à concurrence d'un certain chiffre. Chaque opération d'escompte n'est plus dès lors isolée ; elle constitue l'exécution d'une convention antérieurement intervenue entre le banquier et son client. On conçoit aisément que les conditions de formation, sinon d'exécution de chaque opération d'escompte, soient modifiées par l'existence d'une telle convention appelée dans la pratique « crédit d'escompte ».

La complexité éventuelle de l'opération d'escompte ne s'arrête point là. La technique bancaire est plus riche encore et connaît des modalités particulières d'escompte mieux adaptées que l'opération classique aux besoins de certains commerçants.

(1) Le compte courant établit un certain lien entre les diverses opérations, mais ce cadre juridique n'intervient que pour assurer le règlement d'opérations déjà formées (par exemple pour assurer le règlement de la créance du remettant, ou de celle du banquier en cas de non-paiement de l'effet escompté) ; celles-ci demeurent isolées au stade de leur formation.

Nous étudierons :

Dans un chapitre I : les modalités de formation et d'exécution du contrat d'escompte considéré à l'état isolé.

Dans un chapitre II : le contrat de « crédit d'escompte » et son influence sur la formation du contrat d'escompte.

Dans un chapitre III : certaines modalités particulières d'escompte : l'escompte fournisseur et l'escompte à forfait.

CHAPITRE I

L'ESCOMPTE ISOLÉ

153. — L'escompte ne fait l'objet d'aucune réglementation particulière, il est soumis au droit commun des contrats et notamment au principe du consensualisme. Sa formation ne nécessite l'emploi d'aucune forme ni l'exécution d'une prestation (1). Contrat purement consensuel, il se forme par le seul échange des consentements. Le contrat d'escompte une

(1) De nombreux auteurs italiens qualifient le contrat d'escompte de contrat réel : Angeloni, *Lo sconto*, 1919, p. 129 ; Gatta, *Il contratto di sconto secondo le disposizioni del nuovo Codice civile*, 1942, p. 5 et 10 ; Fiorentino, *Le operazioni bancarie*, 1948, p. 112 ; Donadio, *Lo sconto*, 1948, n° 13, p. 28 : « Lo sconto è un contratto reale, che quindi richiede per la sua perfezione, oltre al consenso dei due contraenti scontatore o scontante e scontatorio o scontista anche la consegna, perfetta, del credito trasferito, dolo scontatorio allo scontatore, e la consegna della somma dallo scontatore allo scontatorio. » Ces auteurs sont partisans de la théorie du prêt. *Contra* : Arena, *Lo sconto della carta commerciale*, 1936 ; Messineo, article à la revue *Banca borsa e titoli di credito*, 1943, I, p. 49 ; Colagrosso, *Diritto bancario*, 1947, p. 262, et surtout Minervini, *Lo sconto bancario*, 1949, n° 18, p. 57. Ces auteurs sont partisans de la théorie de l'achat.

A vrai dire, l'intérêt de la question est faible : que l'on dise que le seul échange des consentements donne naissance à une simple promesse d'escompte qui oblige les deux parties à conclure ce contrat par l'accomplissement des deux prestations (Donadio, p. 29), ou bien que le contrat d'escompte est formé par le seul échange des consentements et que les parties doivent accomplir leur prestation, on aboutit au même résultat pratique, à ceci près que l'accord des parties formant le contrat d'escompte transfère automatiquement la propriété du titre au banquier escompteur (voir *infra*, n° 169). En droit français, la qualification du contrat consensuel nous semble s'imposer : l'escompte est un contrat sui generis, dérivé de la vente, que les parties ont détourné de son but économique normal, or la vente est un contrat consensuel. Il n'est en rien un prêt, contrat réel (voir *supra*, n°s 27 et suivants). Cette dernière notion est d'ailleurs fortement critiquée en droit français (Juliot de la Morandière, Colin et Capitant, t. II, n°s 30 et 1211). Cf. article 312 du Code civil suisse qui définit le prêt comme un contrat consensuel. *Traité pratique de Droit civil de Plantol et Ripert*, t. VI, par P. Esmein, n° 120.

fois formé par l'accord des parties, celles-ci doivent exécuter leurs obligations.

Nous étudierons les modalités :

- 1° De l'échange des consentements ;
- 2° De l'accomplissement de la prestation de chacune des parties.

Section I. — L'échange des consentements

154. — La discussion et la conclusion du contrat d'escompte peuvent se faire en un seul trait de temps : un client se présente chez son banquier, lui demande d'escompter tel effet ; le banquier accepte sur-le-champ. L'échange des consentements est simultané, et la formation du contrat d'escompte ne soulève aucune difficulté, ni d'ailleurs son exécution généralement concomitante. Mais une telle hypothèse se réalise rarement en pratique. Le plus souvent, le banquier demande un temps de réflexion, il veut examiner l'effet, et pour cela se le fait remettre endossé en blanc : il le prend « en vue de l'escompte ». Après vérification, il refuse ou accepte de l'escompter ; il importe alors de préciser la date de la formation du contrat.

Après avoir étudié la prise en vue de l'escompte et l'acceptation de la banque, nous nous efforcerons de résoudre les problèmes que peut poser la conclusion du contrat d'escompte, par l'intermédiaire de mandataires.

Sous-Section I. — La prise du titre en vue de l'escompte .

155. — Les effets proposés à l'escompte sont remis au banquier qui en donne reçu. Ce reçu porte généralement une clause réservant la décision que le banquier prendra après examen de l'effet. La mention « en vue de l'escompte », habituellement employée, est suffisamment explicite (1). Cette pratique a un double but :

— Elle permet au banquier d'examiner les effets, et lui donne le temps de la réflexion ; c'est après cette remise et avant la formation de l'escompte que le service de portefeuille effectuera son travail de vérification : vérification de la régularité formelle du titre, des signatures, demandes de renseignements sur les divers signataires du titre auprès du

(1) Ferronnière et de Chillaz, n° 267, p. 241 ; H. Germain-Martin, *Enc. D. D^e Com.*, V° Escompte, n° 38.

service central des risques, examen de la situation financière du remettant et de la confiance qu'il mérite.

— Elle garantit au banquier l'exécution de son obligation par le remettant, s'il décide d'escompter les effets. Certes, tant que le remettant n'a pas endossé et remis l'effet, le banquier peut lui opposer l'exception d'inexécution et se refuser à mettre à sa disposition le produit de l'escompte, mais c'est là une mesure de défiance qui risque de froisser la susceptibilité du client. Toute difficulté est écartée en exigeant du client une remise préalable du titre (1).

Les effets sont endossés en blanc, car, si la banque refuse l'escompte, le remettant peut l'endosser à un tiers sans avoir à biffer son endos. La radiation de l'endossement nominatif à une banque d'escompte jette toujours un certain discrédit sur le titre. Lorsque c'est le tireur qui présente l'effet à l'escompte, il laisse le nom du bénéficiaire en blanc pour éviter d'avoir à refaire une lettre de change au cas de refus d'escompte. Si le banquier accepte l'effet à l'escompte, il ajoute son nom au-dessus de la signature de l'endosseur, ou à l'emplacement réservé au nom du bénéficiaire (2).

156. — Par cette remise préalable de l'effet au banquier, le contrat d'escompte n'est évidemment pas formé. On peut même se demander si elle constitue une offre de la part du remettant. L'offre, au sens juridique de ce terme, doit préciser, au moins tacitement, toutes les conditions du contrat projeté, de sorte que celui-ci puisse se former par la seule acceptation du bénéficiaire de l'offre (3). Si l'offre est imprécise, il s'agit seulement de la phase préliminaire à la discussion des contractants. Or dans l'escompte isolé le remettant ne précise pas toujours à quelles conditions il entend que l'effet soit escompté ; il ne fixe ni le taux d'escompte, ni le montant des commissions ; il attend que la banque lui fasse une proposition précise (proposition qui aura toutes les qualités juridiques de l'offre) ; de la part du remettant, il s'agit le plus souvent d'une invitation à formuler une offre, et non

(1) Cf. Arena, *Lo sconto della carta commerciale*, 1936, p. 48 et suivantes ; Minervini, *Lo sconto bancario*, 1949, n° 33, p. 112 et suivantes, cet auteur qualifie la remise en vue de l'escompte de « dazione preventiva ». Selon D'Angelo et Mazzantini (*Trattato di tecnica bancaria*, 1940, p. 375, note 1), la remise aurait également pour but d'empêcher la substitution d'une traite fausse à la traite régulière présentée la première fois.

(2) Sur les conséquences juridiques de cette dernière pratique, voir *infra*, n°s 176 et suivants.

(3) *Traité pratique de Droit civil de Planiol et Ripert*, t. VI, par P. Esmein, n° 127, p. 143.

d'une pollicitation véritable (1). A notre sens, il n'y a offre au sens strict que dans les hypothèses suivantes (2) :

- 1° - Si lors de la remise en vue de l'escompte, le client précise nettement ses prétentions relatives aux conditions de l'opération, au moins sur le taux d'escompte. On peut admettre que pour les autres conditions (commission, valeur) il s'est référé à l'usage.
- 2° - Si le client et le banquier ont déjà conclu plusieurs opérations d'escompte et toujours aux mêmes conditions. On doit admettre que le remettant s'est référé tacitement aux conditions antérieurement pratiquées.
- 3° - Il en est de même, si lors de la remise en vue de l'escompte, le remettant connaissait les conditions auxquelles l'escompte serait pratiqué. L'hypothèse peut se réaliser en matière d'escompte de fournisseur. Le tiré adresse son fournisseur tireur à un banquier qui acceptera d'escompter l'effet à des conditions particulières, fixées à l'avance, et généralement avantageuses.
- 4° - Si le banquier escompteur pratique un taux unique connu du remettant (3).

Nous retrouverons plus loin l'intérêt de cette distinction, à propos de la date de formation du contrat d'escompte. Pour l'instant, il suffit de constater, qu'il y ait offre ou simple appel d'offre, que le contrat d'escompte n'est pas formé. Par la mention « en vue de l'escompte » le banquier a réservé sa décision, et il n'y a pas échange de consentement. Si, avant que ce dernier ne se réalise, l'une des parties décède ou devient incapable, le contrat ne pourra jamais se former. De ce que le contrat d'escompte n'est pas formé, il faut conclure que l'endos en blanc apposé sur le titre, lors de sa remise, n'opère pas de transfert de propriété. L'endossement, en effet, n'a pas une vertu translatrice en lui-même, par la seule force de sa forme ; pour qu'il produise son effet trans-

(1) En ce sens, Minervini, *Lo sconto bancario*, 1949, n° 33, p. 113 : « ... non potrà parlarsi di proposita, la quale resulterebbe incompleta di un elemento essenziale, qual'è il prezzo ; sibbene di invito a proporre : la banca, ove lo creda, farà la sua offerta, e il cliente sarà libero di accettare o meno. »

(2) Pour l'hypothèse où les parties sont liées par une convention de crédit d'escompte, voir *infra*, n°s 197 et suivants.

(3) Minervini, *op. cit.*, n° 33, p. 113.

latif, il faut que l'endossataire l'ait accepté (1). Or tel n'est pas le cas en l'espèce puisque le banquier a réservé expressément son acceptation ; l'endosseur lui-même n'a pas la volonté de transférer la propriété du titre, lorsqu'il s'agit d'un appel d'offre. Le transfert de propriété ne s'opérera que par l'échange des consentements. Jusque là l'effet demeure la propriété du remettant (2) (de « l'aspirante scontatorio », disent les auteurs italiens) ; sa faillite, ou lui-même, peut le revendiquer entre les mains du banquier, même si ce dernier vient à tomber en faillite (art. 546, C. Com., 574 ancien).

157. — Cependant un auteur italien, M. Arena (3), a proposé de la « prise en vue de l'escompte » l'analyse suivante. Il y aurait là, de la part du remettant, une offre irrévocable, et l'endossement de l'effet constituerait une aliénation fiduciaire. Le remettant perdrait la propriété de l'effet, mais acquerrait, en raison du caractère fiduciaire de l'aliénation, un droit personnel à la restitution de l'effet au cas où l'escompte ne serait pas réalisé. Si la banque accepte d'escompter l'effet, son obligation de restituer l'effet se compense avec l'obligation du remettant d'en transférer définitivement la propriété.

Cette construction met en évidence l'ingéniosité de son auteur, mais, critiquée par la majorité de la doctrine italienne (4), elle nous paraît inadmissible. Pourquoi l'offre du remettant, à supposer qu'il s'agisse d'une offre stricto sensu, serait-elle irrévocable, alors que le principe est la révocabilité de l'offre ? M. Arena donne la raison suivante : si le client voulait se réserver la faculté de révoquer son offre, il ne garantirait pas préventivement l'exécution de son obligation (5). Nous pensons que le client qui remet un effet en

(1) Roblot, *Enc. D. D^t Com.*, V^o Endossement, n^o 22 ; R. Percerou, *Enc. D. D^t Com.*, V^o Compte courant, n^o 75. Voir Req., 7 mars 1882, D. P. 82, I, 147. Voir cependant *infra*, n^o 162, l'arrêt Cass., 13 décembre 1948.

(2) Ainsi que le note M. Minervini (*op. cit.*, n^o 33, p. 114), seule la propriété formelle a été transmise au banquier. Celui-ci est propriétaire apparent du titre, et les tiers de bonne foi sont protégés par cette apparence ; mais il n'a pas acquis la propriété matérielle qui peut seulement résulter de l'échange des consentements. Sur la distinction de la propriété formelle et de la propriété matérielle, voir Lescot et Roblot, t. 1, n^o 111, p. 137.

(3) *Lo sconto della carta commerciale*, 1936, p. 48 et suivantes.

(4) Minervini, *op. cit.*, n^o 33, p. 113 ; Donadio, *Lo sconto*, 1948, n^o 9, p. 22 et 23.

(5) « ... la revoca... sarebbe incompatibile con lo scopo principale della consegna della cambiale fatta dal cliente alla banca : tanto è il cliente fermo nella sua intenzione di scontare, che garantisce preven-

vue de l'escompte ne garantit rien : c'est le banquier qui prend ses précautions, et cela n'infirme nullement le principe de la révocabilité de l'offre. D'autre part, le banquier prend l'effet « en vue de l'escompte », il réserve sa décision ; c'est dire qu'il n'entend pas acquérir, immédiatement du moins, la propriété de l'effet, même à titre fiduciaire. Les parties au contrat d'escompte, contrat issu de la pratique bancaire, n'ont certainement pas en vue la fiducie, figure juridique héritée du droit romain.

Jusqu'à ce qu'il accepte, le banquier est un simple détenteur de l'effet. Cet état de fait suffit à assurer la réalisation du but poursuivi par la prise de l'effet en vue de l'escompte.

Sous-Section II. — L'acceptation du banquier. — Date de formation du contrat d'escompte.

158. — Après l'examen des effets, le banquier peut refuser de les escompter ; il doit alors les rendre à son client, ou les prendre à l'encaissement selon instructions de ce dernier. S'il accepte de les escompter, il notifie son acceptation au client en lui adressant le bordereau d'escompte, c'est-à-dire un relevé des effets admis à l'escompte, sur lequel est établi le décompte précis des agios et des commissions perçus par la banque. L'accord du banquier ne résulte pas seulement de l'envoi d'un bordereau, il est établi par tous actes qui démontrent la volonté du banquier de se comporter en propriétaire de l'effet ou en débiteur du produit de l'escompte : la régularisation du titre (transformation de l'endos en blanc en un endos nominatif, inscription du nom du banquier comme bénéficiaire...), réescompte, inscription en compte courant (1).

159. — Juridiquement ces divers actes ne sont légitimes que si le banquier est devenu propriétaire du titre et débiteur de son montant, en un mot si le contrat d'escompte est formé. Dès lors se pose le problème de la date de formation du contrat d'escompte. Est-ce au moment où le banquier accepte d'opé-

tivamente alla banca - quando questa è soltanto eventuale scontratrice l'esecuzione del contratto di sconto consegnantole la cambiale girata in bianco ; se il cliente volesse rivolversi la facoltà di revoca non garantirebbe preventivamente l'adempimento della sua obbligazione di scontatario. »

(1) L'inscription en compte n'est qu'une régularisation comptable ; elle peut être bien postérieure à la remise elle-même, c'est-à-dire à la naissance de la créance du remettant, ou, si l'on préfère, à la formation du contrat d'escompte (Hamel, t. I, n° 356. Escarra et Rault, t. VI, n° 457). Paris, 20 novembre 1936. G. P. 1937, I, 130. Mais elle est la preuve irréfutable de l'acceptation du banquier.

rer l'escompte ou bien au moment où le remettant est averti de l'accord du banquier ? C'est là un des aspects du problème plus général de la formation des contrats par correspondance, dont il est inutile de rappeler tout l'intérêt pratique.

Nous retrouvons ici les deux théories classiques : le système de l'émission — (le contrat est formé dès l'acceptation) — et le système de la réception — (le contrat est formé dès que l'acceptation est connue du pollicitant) —. Les deux systèmes ont leurs partenaires en doctrine et en jurisprudence. Cependant la Cour de Cassation semble se prononcer en faveur du système de l'émission (1). C'est croyons-nous, le système le plus logique ; du moment que l'acceptation coïncide avec l'offre, il y a accord de volonté, le contrat est formé, sans qu'il soit besoin de porter l'acceptation à la connaissance du pollicitant (2). C'est le système qui est le mieux adapté aux nécessités du droit commercial : la rapidité nécessaire à la conclusion des actes de commerce exige que le bénéficiaire de l'offre puisse considérer le contrat comme définitivement conclu et agir en conséquence dès qu'il a accepté une offre non encore révoquée (3).

160. — Si en principe il faut considérer le contrat d'escompte comme formé dès l'acceptation du banquier d'escompter les effets, et avant toute notification au remettant, il faut se garder de généraliser cette solution : deux conditions sont en effet nécessaires :

(1) Cass. Civ., 21 mars 1932. D. P. 1933, I, 65. Note Sallé de La Marinière ; Cass. Soc., 20 juillet 1954, Bull. Cass., 1954, 4, 421 ; Cass. Com., 7 janvier 1959. Bull. Cass., 1959, 3, 8 ; Montpellier, 4 mai 1954 ; la loi du 5 octobre 1954. Dans ses derniers arrêts, la Cour de Cassation semble admettre que le contrat est formé lors de l'expédition de la lettre d'acceptation (système dit de l'expédition, variante du système de l'émission). Mais, à notre sens, l'expédition de la lettre n'est que la preuve de l'acceptation définitive du bénéficiaire de l'offre. Cette preuve peut résulter d'autres faits, par exemple de la présentation au réescompte de la Banque de France, de l'inscription en compte courant...

(2) Juliot de la Morandière. Colin et Capitant, t. II, n° 49. Selon d'éminents auteurs (*Traité pratique de Droit civil de Planiol et Ripert*, t. VI, par P. Esmein, n° 159) la date de la formation du contrat dépend de la volonté des parties et des circonstances de la cause. (Voir Cass. Soc., 20 juillet 1954, Bull. Cass. 1954, 4, 421). Si l'on admet cette théorie, il faut également décider que le contrat d'escompte est formé dès l'acceptation du banquier dans la mesure évidemment où il y a offre véritable de la part du remettant. Ce dernier, manifestement, n'a pas entendu subordonner la formation du contrat à sa connaissance de l'acceptation du banquier. La remise de l'effet en vue de l'escompte est significative.

(3) La révocation ne produira son effet que dans la mesure où elle est connue du bénéficiaire de l'offre avant l'acceptation. Mais l'acceptant doit pouvoir rapporter la preuve de l'antériorité de son acceptation.

1° Il faut que la demande du remettant, lors de la remise des effets en vue de l'escompte, ait un degré de précision suffisant pour constituer une offre au sens strict. S'il s'agit d'une simple « invitation à formuler une offre », le contrat d'escompte n'a pu se former par la décision du banquier de les prendre à l'escompte. Les termes du problème se trouvent en quelque sorte renversés : c'est le banquier qui formule alors une offre précise et il s'agit de savoir si le contrat se forme dès l'acceptation du client au moment où cette acceptation est portée à la connaissance du banquier. Il n'y a aucune raison pour abandonner alors le système de l'émission. Si, après l'offre du banquier, le remettant ne répond pas et ne vient pas retirer l'effet dans un bref délai, on doit admettre que le silence vaut acquiescement et que le contrat est formé. L'acceptation du client est évidente si celui-ci vient retirer les fonds résultant de l'escompte.

2° Lorsque le remettant a formulé une offre au sens strict le contrat ne peut se former, dès l'accord du banquier, que dans la mesure où celui-ci accepte les conditions posées expressément ou tacitement par le client.

Si le banquier applique un taux d'escompte plus élevé que celui demandé expressément ou que celui pratiqué dans des opérations antérieures et demandés tacitement, il n'accepte pas à vrai dire une offre, mais il formule une contre-proposition. Une navette peut ainsi s'établir, jusqu'à ce que l'une des parties se plie aux conditions de l'autre ; il faut alors appliquer le système de l'émission.

161. — L'intérêt de ce problème n'est pas de savoir si l'une des parties pourra contraindre l'autre à s'exécuter, la durée d'un tel procès ôte tout intérêt à la question, mais plus exactement de savoir à partir de quel moment le remettant, ou sa faillite, ne peut plus revendiquer l'effet entre les mains du banquier escompteur, failli ou non.

Le banquier en effet a un intérêt évident à se faire reconnaître propriétaire de l'effet lorsque le compte courant du remettant failli est débiteur ; sa production à la faillite de ce dernier pour le solde du compte sera certes diminuée, mais il acquiert en contrepartie un effet de commerce garanti par d'autres signatures et d'ailleurs, si l'effet est impayé à l'échéance, il bénéficiera de tous les avantages de la contrepassation. Si le banquier est en faillite, son syndic a également intérêt à conserver l'effet : il paiera le remettant en monnaie de dividende, mais pourra encaisser, intégralement, le montant de l'effet à son échéance.

162. — L'espèce sur laquelle s'est prononcée la Cour de Cassation le 13 décembre 1948 (1) permet d'illustrer par un exemple l'intérêt du problème et la solution que nous nous sommes efforcés de dégager.

Plusieurs traites avaient été endossées au profit du banquier le 2 février. Mais le compte courant porte l'inscription « remise du 5 », et le bordereau d'escompte « valeur du 6 ». Le remettant fut déclaré en faillite le 4. Le tribunal ayant ordonné le rapport à la faillite de toutes les remises postérieures au 4, il était nécessaire de savoir quel jour le banquier avait acquis la propriété de l'effet, autrement dit quel jour le contrat d'escompte s'était formé. La date du 6 février ne pouvait être prise en considération, la mention de la valeur ne concernant que le point de départ des intérêts (2). Le débat se cantonnait entre la date du 2, jour de l'endossement et celle du 5, date de la remise.

Fallait-il admettre, comme l'a fait la Cour de Cassation, que le transfert de propriété se trouvait réalisé le jour même de l'endossement, et repousser l'action en revendication du syndic ? Nous ne le pensons pas. L'endossement ne transmet la propriété du titre que si l'endossataire y consent (3), et rien dans la relation des faits ne permet d'affirmer que le banquier ait accepté l'endossement dès le 2 février, et qu'il n'y ait pas eu « prise en vue de l'escompte ». Il est même possible d'avancer le contraire. Le banquier a porté sur le compte « remise du 5 ». On peut donc admettre que c'est seulement à cette date qu'il a considéré qu'il y avait remise en compte courant. Or la remise en compte courant s'effectue, automatiquement, au jour même où la créance du remettant prend naissance. C'est là une conséquence du principe de la généralité du compte courant, également appelé principe de l'affectation générale (4); et la créance du remettant prend naissance à la date de formation du contrat d'escompte (5). Il faut donc conclure que la date de la remise, le 5 février, est également celle de la formation du contrat d'escompte. Or, tant que celui-ci n'est pas formé, on ne peut dire que le banquier ait accepté l'endossement et ait acquis la propriété du titre. De l'aveu

(1) Bull. Civ., n° 279, p. 1075 ; *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 504, n° 5, observation Houin ; *J. Cl. Banque*, fasc. 40, n° 121.

(2) Hamel, t. I, n° 251 et 384 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 42, n° 32.

(3) Voir *supra*, n° 156.

(4) Hamel, t. I, n° 356, p. 554 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 457 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 40, n° 103 ; Houin, obs. à la *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 504, n° 5. « ... La remise en compte s'opère de plein droit dès que le banquier est devenu propriétaire de l'effet et débiteur du prix. » Paris, 20 novembre 1936, *G. P.* 1937, I, 130.

(5) Hamel, t. I, n° 356, p. 555.

même du banquier la remise était du 5, c'est seulement à ce jour que le banquier aurait pu devenir propriétaire du titre, si par la survenance de la faillite du remettant, l'offre n'était pas devenue caduque.

Il semble, à la seule vue de l'arrêt, que la Cour de Cassation ait confondu « remise en compte » et « inscription en compte ». L'inscription en compte est une simple régularisation comptable, et si elle prouve, d'une façon certaine, l'acceptation du banquier et l'existence de la remise, celles-ci peuvent être antérieures (1). En l'espèce, le libellé de la mention apposée par le banquier « remise du 5 » permet d'affirmer que c'était la remise et non pas seulement l'inscription en compte, qui ont été effectuées le 5 février.

A notre sens, il fallait reconnaître au syndic le droit de reprendre les effets.

Sous-section III. — Conclusion du contrat d'escompte par l'intermédiaire d'un mandataire

163. — L'hypothèse se réalise fréquemment en pratique, car le mandat revêt, en droit commercial, un aspect permanent et organique. S'il est rare qu'un individu commerçant charge un mandataire de réaliser pour son compte une opération d'escompte, par contre toutes les sociétés commerciales doivent recourir aux services d'un mandataire.

Ainsi, les banques sont généralement des sociétés, et même lorsque l'entreprise appartient à un seul individu, il est rare que celui-ci conclue directement les opérations d'escompte avec ses clients. Un employé habilité le représente. Si l'escompte est réalisé par un employé dépourvu de pouvoir et malhonnête, les règles du mandat apparent trouveront généralement à s'appliquer (2). Il n'est pas d'usage, lorsqu'on contracte avec l'employé d'une banque, de demander à la direction s'il est muni de pouvoirs suffisants.

164. — Plus intéressantes sont les hypothèses dans lesquelles le mandataire intervient pour le compte du remettant. Le remettant et son mandataire peuvent utiliser le procédé du tirage pour compte ; le mandataire se présente comme le véritable tireur de la traite et ne fait pas connaître le nom de celui pour le compte duquel il agit. Le mandataire, tireur

(1) *Contra* : Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 808. Cette opinion est critiquée par tous les auteurs cités *supra*.

(2) Sur le mandat apparent, voir J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en Droit commercial*, n° 54 et suivants, notamment n° 104, p. 93.

ostensible, est appelé tireur pour compte, le mandant, donneur d'ordre. « Il peut arriver que le donneur d'ordre, en raison de sa profession ou de sa situation sociale, préfère ne pas voir son nom figurer sur une lettre de change. Ou bien, il s'agira d'un négociant, dont le crédit pourrait être ébranlé par l'émission d'un trop grand nombre de traites portant sa signature (1)... » C'est le tireur pour compte qui présentera les effets à l'escompte. Il faut, dans les rapports des différentes parties, appliquer les règles du contrat de commission (2).

— Vis-à-vis du donneur d'ordre, le tireur pour compte, responsable de l'exécution de son mandat dans les termes du droit commun, devra verser entre ses mains le produit de l'escompte.

— Le banquier escompteur ne connaît que le tireur pour compte qui est personnellement obligé envers lui, comme tireur et comme remettant, au paiement de l'effet ; il peut le poursuivre aussi bien en vertu de la signature apposée sur le titre qu'en application du contrat d'escompte (garantie de la bonne fin).

— Mais le banquier escompteur n'a aucune action directe contre le donneur d'ordre qui, véritable commettant, reste en dehors de tout lien juridique, aussi bien cambiaire que contractuel. Il peut seulement exercer à son encontre, conformément à l'article 1166 du Code civil, le recours qui appartient à son débiteur (tireur pour compte) qui ne peut s'acquitter du paiement du titre demeuré impayé à l'échéance. Mais alors, le banquier escompteur peut se voir opposer toutes les exceptions que le donneur d'ordre pouvait opposer à son mandataire, notamment le non-paiement du produit de l'escompte, ou toute autre exception de compensation.

165. — Plus généralement, le mandataire fera connaître au banquier escompteur qu'il agit en cette qualité et pour le compte de son mandant. Il s'agira, le plus souvent, d'un représentant conventionnel : un fondé de pouvoir créera une traite pour le compte de son employeur, ou endossera les effets appartenant à ce dernier, et les présentera à l'escompte, ou bien un simple employé apportera au banquier l'effet créé ou endossé par son employeur.

Les effets normaux d'une telle pratique sont régis par le droit commun. Le contrat d'escompte se formera directement entre le banquier escompteur et le représenté. Celui-ci, individu ou société, sera tenu cambiairement (en qualité de tireur, de souscripteur ou d'endosseur) et en vertu du contrat

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 152, p. 175.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 153, p. 176.

d'escompte. Le représentant sera dégagé de toute obligation à l'inverse de l'hypothèse précédente (1).

Ces principes s'appliquent lorsque le mandataire a agi dans la limite de ses pouvoirs et loyalement, sans détourner les fonds résultant de l'escompte. Il en va de même lorsque le mandataire a agi sans pouvoir ou a outrepassé ceux qui lui étaient conférés, si le mandant ratifie l'opération. Cette ratification résultera en l'espèce du fait que le pseudo-représenté a encaissé le produit de l'escompte ou a reçu le bordereau d'escompte ou l'avis de crédit sans émettre de protestation.

166. — Les difficultés apparaissent en cas d'abus, d'absence ou de dépassement de pouvoir. Il y a abus de pouvoir lorsque le mandataire use dans un intérêt personnel des pouvoirs qui lui étaient effectivement conférés, et détourne à son profit le produit de l'escompte. Il y a absence ou dépassement de pouvoir lorsque le mandataire remet des effets à l'escompte sans avoir de pouvoir ou des pouvoirs suffisants pour accomplir cette opération (2). Absence ou dépassement de pouvoir s'accompagne assez souvent d'un détournement du produit de l'escompte. Par exemple, un employé dérobe un effet de commerce, imite la signature de son patron, le remet à l'escompte comme s'il le présentait sous les ordres de son employeur, et dérobe le produit de l'escompte.

Le contrat d'escompte conclu par l'intermédiaire de ces mandataires oblige-t-il le pseudo-représenté ? Ce dernier, si l'effet a déjà été remis et endossé à la banque, ne peut-il le revendiquer (3) ? Les principes du droit civil conduiraient à répondre par l'affirmative. « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément

(1) En droit français, le mandataire n'est soumis à l'emploi d'aucune forme particulière pour obliger le représenté sans s'obliger lui-même, aussi bien en ce qui concerne les engagements cambiaires, que les engagements de droit commun. Il suffit que dans l'esprit des tiers il ne puisse y avoir de doute sur cette qualité. Lescot et Roblot, t. I, n° 142, p. 164.

(2) Certains statuts de sociétés prévoient par exemple que le gérant ne peut tirer ou endosser que des effets d'un montant inférieur à une somme déterminée.

(3) Le problème de la revendication du titre ne se pose que dans les cas d'abus de pouvoir ou d'absence de pouvoir. Au cas de dépassement de pouvoir, le représenté est tenu dans la limite des pouvoirs qu'il a conférés, aussi bien au regard du droit cambiaire (art. 114, alinéa 3 du C. Com.) qu'au regard du droit commun (art. 1998 du C. Civ.). Le seul intérêt de la question est alors de savoir si le représenté est tenu des agios et commissions sur le montant total de l'effet ou seulement dans la mesure des pouvoirs conférés. Cependant, le dépassement de pouvoirs peut s'accompagner d'un détournement du produit de l'escompte. On retrouve alors l'hypothèse de l'abus de pouvoir.

aux pouvoirs qui lui ont été donnés. Il n'est pas tenu au-delà... » (art. 1998, C. Civ.). Mais les impératifs qui animent le droit commercial, sécurité, rapidité des tractations, dictent souvent une réponse négative.

Le droit commercial, en effet, protège le plus possible les tiers de bonne foi qui ont contracté sur la base d'une erreur légitime (1). Le développement de la théorie du mandat apparent, à peine ébauchée en droit civil (2), en est la meilleure preuve. « C'est un principe, écrivent MM. J. Becqué et H. Cabrillac, que le mandant est tenu des actes excédant les pouvoirs du mandataire si les tiers ont pu et dû croire que ces actes entraient dans les prérogatives de ce représentant » (3). La théorie du mandat apparent trouve, en matière d'escompte, un terrain d'élection.

Le tiers qui a contracté avec un faux mandataire ne bénéficie de la théorie du mandat apparent qu'à une double condition :

— Il doit être de bonne foi, c'est-à-dire ignorer l'absence, le dépassement ou l'abus de pouvoir, sinon il ne mérite pas protection ;

— Son erreur doit être légitime : le faux mandataire doit s'être présenté avec tous les caractères extérieurs d'un mandataire dûment habilité et agissant dans l'intérêt de son mandant, de telle sorte qu'en présence de cette apparence, de cet élément visible, matériel, un individu moyen ait commis la même erreur (4). L'erreur légitime équivaut en somme à l'absence de faute lourde.

(1) J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 68.

(2) Articles 2005, 2008 et 2009 rendent opposables au mandant les actes passés avec des tiers de bonne foi par un mandataire révoqué.

(3) *R. T. D^t Com.*, 1958, p. 353, n° 1. Sur le mandat apparent, J. Calais-Auloy, n°s 54 et suivants. La jurisprudence ne se fonde pas toujours sur la notion d'apparence dont la théorie du mandat apparent n'est qu'une application. Elle déclare souvent le pseudo-mandant obligé sur la base de la faute civile (art. 1382 et 1383). Elle retient la faute qu'il aurait commise en laissant un tiers usurper ses fonctions de mandataire. La meilleure réparation consiste à tenir pour réel un mandat inexistant. Au cas de dépassement ou d'abus de pouvoir, elle retient la responsabilité du pseudo-mandant en qualité de commettant responsable des actes de son préposé. La portée de cette solution est restreinte : en droit commercial, les gérants de société, les administrateurs ne sont pas des préposés, faute d'un lien de subordination assez étroit (Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 743, p. 371 ; Escarra et Rault, t. I, n° 240). Et de plus la jurisprudence la plus récente interprète restrictivement la responsabilité des commettants (Civ., 1^{er} juillet 1954, *J. C. P.* 1954, II, 8352 ; Civ., 14 juin 1957, *J. C. P.* 1957, II, 10-188, note Rodière). Il vaut mieux voir dans l'apparence un fondement juridique autonome sans essayer de la rattacher à l'idée de faute (J. Calais-Auloy, n°s 56, 92, 100, 108). L'erreur légitime des tiers doit être protégée.

(4) J. Calais-Auloy, n° 54.

Or, ces deux conditions seront fréquemment réalisées en matière d'escompte. Le banquier escompteur est généralement de bonne foi. Il est rare, en effet, qu'un banquier soit le complice volontaire d'un dépassement ou d'un abus de pouvoir avec détournement de fonds. Il faut supposer la complaisance coupable d'un employé. De plus, la bonne foi se présume.

— Quant à l'erreur du banquier, elle sera le plus souvent légitime. Le banquier escompteur peut ignorer légitimement l'excès de pouvoir d'un gérant, d'un administrateur de société ou d'un fondé de pouvoir quelconque, personnes qui entrent généralement en rapport avec les banques. En effet, la conclusion d'une opération d'escompte entre normalement (1) dans les pouvoirs de tels mandataires ; l'escompte est un acte courant dans l'administration d'une société ou d'une maison de commerce. Rappelons à cet égard que, suivant une doctrine et une jurisprudence constante, une limitation de pouvoir non publiée est inopposable aux tiers de bonne foi, par suite au banquier escompteur (2).

En ce qui concerne l'abus de pouvoir, l'erreur du banquier est presque toujours légitime car l'escompte, acte courant de la vie commerciale, est apparemment conforme aux intérêts du pseudo-mandant (3), et il n'est pas anormal qu'un gérant ou un administrateur demande, pour le compte du représenté, le paiement immédiat de l'escompte (4).

(1) Sur la normalité de l'acte comme élément visible fondant la légitimité de l'erreur, voir J. Calais-Auloy, nos 116 et suivants.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 262 ; Thaller et Pic, t. I, n° 272. Escarra et Rault, t. I, n° 236 ; Req., 5 novembre 1900, D. 1902, I, 5, note Thaller ; Civ., 16 mai 1927, S. 1926, I, 41, note Bourcart ; Paris, 6 juillet 1936, D. H. 1936, 482. Il a été également admis : 1° Que la limitation de pouvoir, même publiée, n'était pas opposable aux tiers si une pratique contraire s'était instaurée en fait. La jurisprudence invoque alors, il est vrai, la faute et la responsabilité des commettants (Req., 8 mai 1940, J. C. P. 1941, II, 1610, note Bastian ; J. Calais-Auloy, n° 100 ; note X. Marin à la *Revue Banque*, 1952, p. 715, sous jugement du Trib. Com. Seine du 4 décembre 1951, et les nombreuses références de jurisprudence citées) ; 2° Que l'erreur est toujours légitime s'il y a publicité, celle-ci ayant pour but de dispenser les tiers de toute recherche. Par exemple, le banquier peut sans risque admettre à l'escompte un effet remis par un gérant dont l'acte de nomination publié a été ultérieurement annulé.

(3) Sur la finalité de l'acte comme élément visible fondant la légitimité de l'erreur, voir J. Calais-Auloy, n° 120.

(4) Lorsque le pseudo-mandataire ne demande pas immédiatement le paiement du produit de l'escompte et que celui-ci est porté en compte, il est très difficile, sinon impossible, de faire la preuve du lien qui unit l'escompte et le retrait ultérieur de fonds suivi de détournement. Deux questions nettement distinctes se posent alors aux juges : 1° Doit-on appliquer la théorie du mandat apparent à la remise à l'escompte et le représenté doit-il supporter les agios d'escompte ? 2° La théorie du mandat apparent peut-elle s'appliquer au retrait des fonds effectué par le pseudo-mandataire ?

167. — Si ces deux conditions sont remplies, et elles le sont fréquemment, le pseudo-représenté est tenu envers le banquier escompteur, tant en vertu du titre qu'en vertu du contrat d'escompte lui-même. Tout se passe comme s'il y avait réellement mandat. Certes, le soi-disant mandant a un recours contre le mandataire apparent, soit pour le montant des agios et commissions qu'il est obligé de supporter, alors qu'il n'avait nul besoin de présenter l'effet à l'escompte, soit pour le dommage que peut lui causer l'aliénation de la traite (par exemple si elle est libellée en monnaie étrangère), soit encore pour le montant nominal de l'effet au cas de détournement de fonds, mais il ne peut pas revendiquer le titre entre les mains du banquier escompteur ; et si le titre demeure impayé à l'échéance, il est tenu de le payer au banquier. C'est donc uniquement dans le cas où la théorie du mandat apparent ne pourra jouer que les principes classiques du droit civil reprendront leur empire. Si le banquier escompteur est de mauvaise foi ou a commis une faute lourde en acceptant à l'escompte un effet des mains d'un faux mandataire, le pseudo-représenté est dégagé de toute obligation, et il peut revendiquer son titre entre les mains du banquier.

Cette possibilité de revendiquer le titre, au cas d'abus ou d'absence de pouvoir (1), est expressément reconnue en matière de lettre de change par l'article 120, alinéa 2, du Code de Commerce (2). Si une personne a été dépossédée d'une lettre de change par quelque événement que ce soit, le porteur est tenu de se dessaisir de la lettre s'il l'a acquise de mauvaise foi ou, si en l'acquérant, il a commis une faute lourde.

168. — Cependant, au cas d'absence de pouvoir, l'application de l'article 120 semble exclue par l'article 114, alinéa 3 (3). Ce dernier texte est ainsi conçu : « Quiconque appose sa signature sur une lettre de change comme représentant d'une personne pour laquelle il n'avait pas de pouvoir d'agir, est obligé lui-même en vertu de la lettre, et, s'il a payé, a les mêmes droits qu'aurait eu le prétendu représenté. » Ce dernier est dégagé de toute obligation. Précisons que des auteurs des plus autorisés admettent avec raison, semble-t-il,

(1) Au cas de dépassement de pouvoir, le problème de la revendication ne se pose pas puisque le représenté est tenu dans la mesure des pouvoirs conférés. Voir *supra*, note 2, p. 222.

(2) Pour le chèque, article 21 du décret-loi du 30 octobre 1935.

(3) Le problème ne se pose pas à propos de l'usage dans un intérêt personnel de pouvoirs effectivement conférés (abus de pouvoir), car l'article 114, alinéa 3, ne vise pas cette hypothèse et le heurt des deux textes ne se produit pas : seul s'applique l'article 120. Cf. Lescot et Roblot, t. I, n° 144, p. 166, 167. Friedel, n° 95, p. 124.

que l'endossataire qui connaissait l'absence de pouvoir peut se prévaloir de l'article 114, alinéa 3, car ce texte ne fait aucune distinction selon sa bonne foi ou sa mauvaise foi (1). En tout cas, le texte s'applique au cas de faute lourde.

Dès lors, il est possible de raisonner ainsi : si l'endossataire (en l'espèce le banquier escompteur) a le droit de poursuivre le pseudo-mandataire, en vertu de la lettre de change, il est nécessaire qu'il conserve la propriété du titre, ce qui exclut toute revendication. Telle est l'opinion de MM. Lescot et Roblot « ce texte (art. 114) substitue à la responsabilité du représenté celle du représentant, mais par là-même il implique que l'endossement n'en est pas moins valable et la revendication interdite à l'encontre de tout porteur » (2). Le pseudo-représenté sera dégagé de toutes obligations cambiaire et civile (art. 1998, C. Civ.), mais il ne pourra pas récupérer son titre.

A notre sens, dans ce conflit entre l'article 114 et l'article 120, il faut donner la préférence à ce dernier et autoriser la revendication. Le banquier escompteur de mauvaise foi, qui a escompté un effet en connaissant l'absence de pouvoir du pseudo-mandataire ou qui a commis une faute lourde, ne mérite aucune protection. Il faut le sacrifier au porteur dépossédé. Admettre la solution contraire serait restreindre les termes très compréhensifs de l'article 120. « Si une personne a été dépossédée d'une lettre de change par *quelque événement que ce soit...* » Peu importe le mode de dépossession ; il doit être indifférent que le « dépossédant » se présente au banquier escompteur comme propriétaire du titre ou comme mandataire : il serait trop facile à un banquier de mauvaise foi d'écarter l'application de l'article 120. De plus, on conçoit mal que le porteur, dépossédé par un individu démuné de tout pouvoir, soit plus mal traité que celui dont le mandataire, dûment habilité, a détourné le produit de l'escompte (3).

L'article 114, alinéa 3, doit donc céder le pas à l'article 120 toutes les fois que le pseudo-représenté a intérêt à revendiquer sa lettre de change, et tel est généralement le cas en matière d'escompte, car le titre représente toujours une certaine valeur. Ainsi, au cas d'absence de pouvoir, l'article 114 doit recevoir une application très restreinte en

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 145, p. 167, 168. *Contra* : J. Calais-Auloy, n° 344 : « La bonne foi du porteur est une condition de droit commun qui doit s'appliquer tant que le législateur ne décide pas expressément le contraire... la bonne foi est ici l'ignorance du vice. » Le problème ne se pose alors qu'au cas de faute lourde du banquier, celle-ci permettant la revendication du porteur dépossédé, sans priver le banquier d'invoquer l'article 114, alinéa 3.

(2) T. II, n° 747, p. 218.

(3) Voir *supra*, note 1, p. 227.

matière d'escompte et plus généralement en matière d'endossement (1) : ou bien le banquier escompteur est de bonne foi et exempt de faute lourde, et la théorie du mandat apparent trouve généralement à s'appliquer, ou bien, il est de mauvaise foi, ou a commis une faute lourde, et l'article 120 doit permettre la revendication. Devant les droits légitimes du porteur dépossédé, l'article 114 sera sans efficacité (2).

Section II. — Accomplissement de la prestation de chacune des parties

Sous-section I. — La remise du titre en toute propriété au banquier escompteur

169. — Le remettant a l'obligation de transférer la propriété du titre escompté au banquier escompteur, ce qui implique l'obligation de réaliser ce transfert conformément à la loi du titre, de l'endosser par exemple, et l'obligation de le délivrer, de le remettre matériellement au banquier (3).

En pratique, le remettant est libéré de son obligation dès la formation du contrat d'escompte ; l'effet de commerce a déjà été remis au banquier en vue de l'escompte, dûment endossé. Cet endossement n'opère certes pas transfert de propriété tant que le banquier n'a pas accepté l'opération (4), mais le transfert de propriété se produira automatiquement dès l'échange des consentements.

Il nous faut étudier le cas exceptionnel où l'effet de commerce n'a pas été encore endossé par le remettant lors de la conclusion du contrat, et l'hypothèse voisine, mais beaucoup plus fréquente, où le tireur a remis un effet en vue de l'escompte en laissant en blanc le nom du bénéficiaire, ne sachant pas si le banquier acceptera de l'escompter.

Ces problèmes ne se posent évidemment que pour l'escompte des effets de commerce, seul susceptible d'endosse-

(1) L'article 114, alinéa 3, s'appliquera surtout en matière d'aval et d'acceptation de lettre de change ou de souscription de billet à ordre, donnés par un « mandataire » démuné de pouvoir.

(2) Le banquier escompteur peut agir contre le remettant tenu de le garantir contre toute éviction. Il peut aussi agir dès avant l'échéance, et même avant l'action en revendication du porteur dépossédé, en nullité du contrat d'escompte sur la base de l'article 1599 du Code civil. Voir *supra*, n° 141.

(3) Le remettant n'a pas l'obligation de verser sa rémunération au banquier escompteur. Celle-ci viendra en déduction de la somme escomptée et sera prélevée automatiquement par le banquier.

(4) Voir *supra*, n° 156.

ment et sur lequel seul doit figurer le nom du bénéficiaire. L'escompte des litres au porteur et des créances ordinaires ne présente guère de difficulté sur les modalités d'exécution de la prestation du remettant. Le seul échange des consentements transmet au banquier escompteur la propriété du titre au porteur ; le remettant s'acquittera de son obligation de délivrance par une simple tradition manuelle du titre au banquier. Pour l'escompte des créances ordinaires, il faut appliquer les règles du droit civil sur le transfert des créances et son opposabilité aux tiers (art. 1689 et 1690, C. Civ.). Nous envisagerons seulement la situation et les droits du banquier escompteur :

- au cas où le contrat d'escompte étant formé, l'effet n'a pas été encore endossé ;
- et au cas où le nom du bénéficiaire a été laissé en blanc par le remettant.

I. - ABSENCE D'ENDOSSEMENT - OBLIGATION D'ENDOSSEMENT LE TITRE AU BANQUIER ESCOMPTEUR

170. — Cette situation est susceptible de se présenter au cas d'escompte en pension. Un banquier dont la trésorerie est en difficulté demande à l'un de ses confrères de lui escompter une partie de son portefeuille, pour une durée déterminée, au terme de laquelle il reprendra ses effets, après l'avoir remboursé. Généralement, en raison de la courte durée de la pension, et pour éviter des frais de manipulation, les effets escomptés ne sont ni remis ni endossés au banquier escompteur, ils restent entre les mains du banquier remettant et sont mis « sous dossier » au nom de l'escompteur. Ils ne seront remis et endossés à ce dernier que si, à la fin de la pension, le remettant n'est pas en mesure de le rembourser.

171. — Quels sont les droits de l'escompteur avant que le remettant ait endossé les effets conformément à son obligation ?

Les arrêts affirment souvent que « l'endossement d'un effet de commerce en transfère la propriété au porteur » (1), ou encore que le banquier escompteur acquiert la propriété du titre au jour de l'endossement (2). Au terme de l'article 118, alinéa 1, du Code de Commerce « l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change ».

(1) Entre autres arrêts, voir Civ., 19 novembre 1888, D. 89, I, 400, Civ., 24 janvier 1906, D. 1906, I, 353, note Lacour ; Req., 29 novembre 1920, D. 1921, I, 62.

(2) Cass., 13 décembre 1948, S. 1949, I, 106 ; Cf. Escarra, p. 791, note 2.

Ces expressions laisseraient croire que l'escompteur n'acquiert aucun droit tant que le titre ne lui est pas endossé. Une telle interprétation serait cependant erronée.

En effet, il ne faut pas oublier qu'en droit français le seul accord des parties sur la chose et sur le prix opère transfert de la propriété de la chose, pourvu que celle-ci soit individualisée. Ce principe s'applique au transfert des droits réels (art. 113 et 1583), comme au transfert des droits personnels. Entre parties, le transfert de créance est réalisé indépendamment de la remise du titre ou de toute autre formalité, dès que les parties sont d'accord pour réaliser ce transfert. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer ce principe général aux effets de commerce. L'endossement est un mode de transmission aux formes simplifiées et aux effets renforcés, mais il n'est pas le seul mode de céder une lettre de change en dehors duquel aucun droit résultant du titre ne saurait être cédé. « A la vérité, écrivent MM. Lescot et Roblot, la lettre de change se borne à constater une créance du porteur contre les différents signataires, et, encore que cette créance soit de nature particulière, il n'y a pas motif pour écarter ici les modes de cession ordinaires des articles 1689 et 1690 du Code civil » (1). Les auteurs et les arrêts sont unanimes en ce sens (2). Dès lors, il faut admettre qu'entre parties, par le seul échange des consentements, le remettant se trouve dessaisi de la propriété de la lettre de change qui se trouve transmise au banquier escompteur (3), à condition évidemment qu'elle soit identifiée (4).

Cependant, ce transfert de la propriété du titre ne produit que les effets d'une cession civile. Le banquier n'acquiert pas « tous les droits résultant de la lettre de change », mais seulement les droits dont le remettant était titulaire et rien de plus. Il ne dispose pas des prérogatives purement cambiales qui résultent de toute lettre de change et que seul, le mode de transmission conforme à la loi du titre, l'endossement, peut procurer à un porteur de bonne foi. Au surplus, les effets de cette cession, par le seul échange des consentements, sont cantonnés aux rapports entre parties et sont inopposables aux

(1) T. I, n° 326, p. 357.

(2) Voir les nombreuses références citées par Lescot et Roblot, p. 358, note 1.

(3) En ce sens, Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 708 ; Whal, p. 671, n° 1852 ; *Enc. D. D^t Civ.*, V° Donation, n° 570.

(4) Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 708, deuxième colonne *in fine* « un transfert de propriété exige une spécialisation nette de la chose sur laquelle il porte » ; il ne peut se produire si les effets mis en pension sont « seulement désignés par leur montant et éventuellement par une indication de nature ». L'escompteur doit être en mesure d'apporter la liste des effets sur lesquels a porté la pension.

tiers et au débiteur cédé, puisque les formalités de l'article 1690 du Code civil n'ont pas été accomplies, ni l'effet endossé (1).

172. — Ainsi donc, dès la formation du contrat d'escompte, et avant que l'effet lui soit endossé, la situation de l'escompteur est la suivante : il acquiert tous les droits du remettant, mais eux seuls. Il peut se voir opposer toutes les exceptions opposables au remettant, car seul l'endossement opère la purge des exceptions (2).

— Il ne bénéficie pas de la garantie cambiaire qui résulte de l'endossement. Selon nous, il bénéficie tout de même de la garantie de droit commun née du contrat d'escompte (3).

— Sur un point, l'escompteur se trouve même dans une position inférieure à celle du remettant. Celui-ci, porteur légitime, avait la propriété de conférer cette qualité à tout preneur du titre par un endossement. Dans notre hypothèse, au contraire, l'escompteur n'a pas cette qualité, car il ne justifie pas de son droit par une suite ininterrompue d'endossements ; il ne peut la confier à un escompteur même en endossant le titre : un hiatus s'est produit dans la chaîne des endossements, qui empêche tout porteur ultérieur de se prévaloir de la qualité de porteur légitime.

173. — En principe, cette cession, par le seul échange des consentements, est inopposable aux tiers, encore faut-il préciser :

— Le tiré peut valablement se libérer, même avant l'échéance, entre les mains du remettant possédant le titre. Cependant, il est obligé de payer ce titre non endossé que lui

(1) En somme « l'endossement transmet tous les droits résultant de la lettre de change » (art. 118) lorsqu'il coïncide avec l'accord des parties. Le seul échange des consentements transmet tous les droits dont dispose le cédant, mais eux seuls. L'utilisation de la forme légale de transmission, l'endossement, renforce les effets de cette cession civile, en la rendant opposable aux tiers et en conférant à l'endossataire la qualité de porteur légitime et tous les droits qui découlent de cette qualité en vertu de la loi. Mais sans l'accord de l'endossataire, l'endossement ne transmet aucun droit. Ainsi que l'écrivent excellemment MM. Lescot et Roblot, t. I, n° 264, p. 293, « l'endossement combine en réalité le rôle de la volonté et celui de la loi ». Mais la seule volonté des parties peut jouer son rôle indépendamment de l'utilisation de la forme légale de l'endos. Ses effets sont alors très réduits.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 281 ; J. Becqué et H. Cabrillac, obs. à la *R. T. D. Com.*, 1957, p. 978, n° 2 ; Hamel, *Revue Banque*, 1957, p. 708. Pour exercer ses droits, le banquier escompteur doit avoir évidemment le titre en sa possession.

(3) Pour M. Hamel (*Revue Banque*, 1957, p. 708) le recours en garantie de l'escompteur contre le remettant serait subordonné à la preuve de l'aval par acte séparé donné par le client.

présenterait le banquier, mais ce dernier, n'étant pas porteur légitime, doit rapporter la preuve de son droit (1).

— Les droits du banquier escompteur vis-à-vis de la faillite du remettant sont plus difficiles à déterminer. Si l'effet est endossé avant le jugement déclaratif de faillite, la cession est opposable à la masse, même si les effets sont restés entre les mains du remettant failli. Le banquier escompteur a, dans ce cas, le droit de les revendiquer.

Mais en est-il de même lorsque les effets n'ont pas été endossés ? La question est délicate ; deux opinions s'affrontent :

— Le transfert de la propriété du titre par le seul échange des consentements peut être assimilé à une cession civile de la créance du remettant à l'encontre des signataires du titre. Il faut, semble-t-il, appliquer l'article 1690 du Code civil : « Le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transfert faite au débiteur », ou par l'acceptation du transfert fait par ce dernier dans un acte authentique. Or ces formalités ne sont jamais accomplies en pratique et la masse des créanciers du remettant est un tiers. Il faut donc admettre que la cession de l'effet non endossé est inopposable au syndic (2).

Le banquier ne pourra donc revendiquer les effets non endossés qui se trouvent entre les mains du syndic du remettant. S'il les a en sa possession, il devra les restituer à la faillite. Il sera réduit à produire à la faillite pour le montant de la somme avancée. Si les deux parties étaient liées par un compte courant et si la somme escomptée avait été portée au crédit du remettant, nul doute que le banquier puisse contrepasser.

— Cependant, M. Hamel (3) a soutenu récemment que le banquier avait le droit de revendiquer les effets non encore endossés et demeurés entre les mains du remettant failli. Cette théorie semble difficilement admissible. Toutefois, on peut songer à soutenir que la créance du remettant, contre les tiers signataires, n'est pas seulement constatée par le titre, mais incorporée dans le titre dont la possession est nécessaire à son exercice ; elle « cesserait d'être une valeur incorporelle pour s'identifier à la valeur corporelle constituée par le titre » (4) et dès lors n'est-il pas possible de soustraire celui-ci à l'article 1690, pour le soumettre au statut des meu-

(1) Lescot et Roblot, t. II, n° 593.

(2) En ce sens, *Enc. D.*, V^e Faillite et Règlement judiciaire, n° 1395 ; *Civ.*, 26 janvier 1863, D. P. 63, I, 47.

(3) *Revue Banque*, 1957, p. 708, deuxième colonne.

(4) Lescot et Roblot, t. I, n° 111, p. 135.

bles corporels, et par suite à la revendication de l'escompteur devenu propriétaire par le seul échange des consentements(1) ? Mais la doctrine actuelle a vivement critiqué la théorie de l'incorporation de droit dans le titre (2).

D'un autre côté, est-il bien exact que la masse des créanciers soit un tiers au sens de l'article 1690 ? Les rédacteurs du Code n'ont-ils pas entendu viser seulement les ayants-cause à titre particulier, possédant des droits sur le titre, créanciers gagistes, créanciers saisissants ? La doctrine et la jurisprudence repoussent cette interprétation de l'article 1690 (3). Enfin si l'on admet, avec M. Hamel, que la cession est opposable à la masse, le banquier escompteur sera dans la situation que nous avons décrite au numéro précédent ; il lui sera en effet impossible d'obtenir l'endossement du ou des titres escomptés : le failli est dessaisi et le syndic ne voudra pas, par sa signature, engager la masse.

Ainsi, tant que les effets ne lui ont pas été endossés, même s'ils lui ont été remis, les droits du banquier sont fragiles. Il a un intérêt évident à obtenir l'endossement de l'effet, endossement qui rendra le transfert opposable aux tiers, lui conférera la qualité de porteur légitime, le droit de se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions, et de la garantie cambiaire.

174. — Le remettant a l'obligation impérieuse d'endosser les effets, même dans le silence des parties sur ce point, car, dans tout contrat qui opère transfert de droits, la bonne foi exige que le cédant transfère au cessionnaire le plus de droits possibles et avec le maximum d'efficacité. L'intention des parties ne fait d'ailleurs aucun doute à cet égard. En plus de l'obligation d'endosser, le remettant a l'obligation de remettre matériellement l'effet escompté entre les mains de l'escompteur : c'est l'obligation de délivrance. Il faut évidemment réserver la volonté contraire des parties. Le banquier peut accepter qu'un effet lui soit transmis par un autre procédé que l'endossement. De même, tout au moins temporairement, il peut renoncer à ce que l'effet escompté lui soit remis matériellement : c'est là une pratique courante en matière d'escompte en pension (4).

(1) Sur la revendication des titres au porteur entre les mains du failli, voir *Enc. D.*, V^o Faillite, Règlement judiciaire, n^o 2368 et les nombreuses références.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n^o 111, p. 135.

(3) Juliot de la Morandière, Colin et Capitant, t. II, n^o 633, p. 431 ; *Enc. D. D^o Com.* V^o Faillite et Règlement judiciaire, n^o 1395 et les références.

(4) Ferronnière et de Chillaz, n^o 497, p. 462 ; Hamel, *Revue Banque*, 1907, p. 707.

Cette réserve faite, le banquier escompteur peut refuser de verser le produit de l'escompte tant que le remettant n'a pas accompli sa prestation. C'est là, pratiquement, le seul moyen efficace pour le banquier d'obtenir l'endossement et la remise du titre ; une fois le produit de l'escompte versé, le banquier escompteur est à la merci de son client. Il doit avoir une confiance absolue en lui pour renoncer à l'exception d'inexécution. Certes, si le remettant se refuse à exécuter son obligation, l'escompteur peut obtenir la résolution de l'opération d'escompte, mais l'issue d'un tel procès sera le plus souvent postérieure à l'échéance des effets. Ainsi apparaît comme parfaitement légitime la pratique qui exige du remettant l'accomplissement de toutes ses prestations avant que la somme escomptée ne soit mise à sa disposition.

175. — La Commission de réforme du Code de Commerce a prévu la possibilité d'admettre un effet à l'escompte pour une partie de son montant seulement (1). Cette possibilité se concilie mal avec l'article 117, alinéa 5, du Code de Commerce déclarant nul l'endossement partiel (2) ; ainsi, malgré un escompte partiel, le titre devra être endossé pour le prix au banquier escompteur. Le remettant, par cette seule opération d'escompte, épuisera tout le crédit qu'il pouvait espérer retirer d'un effet de montant élevé. L'opération n'est pas vouée à recevoir un grand développement pratique.

Si, à l'échéance, l'effet est payé intégralement au banquier, celui-ci devra restituer au remettant la part qui lui revient. Au cas de paiement partiel, il faut admettre, croyons-nous, que l'acompte reçu profite intégralement à l'escompteur et non pas partie à l'escompteur et partie au remettant ; cette solution nous semble conforme à la volonté des parties. Au cas de non-paiement, le banquier ne pourra recourir contre son client que dans la mesure où il a escompté l'effet.

II. - ABSENCE DU NOM DU BÉNÉFICIAIRE - LA RÉGULARISATION DE LA LETTRE DE CHANGE PAR LE BANQUIER ESCOMPTEUR

176. — Généralement, c'est le tireur lui-même qui demande l'escompte de la lettre de change qu'il a émise. Ne sachant pas si son banquier voudra l'escompter, il la fait accepter par le tiré en laissant le nom du bénéficiaire en blanc, et la remet telle quelle à son banquier qui, s'il l'escompte, inscrira son

(1) Article 3 du texte élaboré le 17 octobre 1952 par la Commission plénière, *Travaux de la Commission*, t. IV, p. 388.

(2) Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 288, p. 313.

nom en qualité de bénéficiaire (1). Quels sont les droits du banquier escompteur à la suite d'une telle pratique ?

Une des mentions essentielles — le nom du bénéficiaire — est absente, et la lettre de change ne peut valoir comme telle (art. 110 du C. Com.) ; la banque ne peut ignorer ce vice de forme, vice apparent ; en principe le tireur, le tiré accepteur, ne sont pas tenus cambiairement envers elle (2). Cependant cette irrégularité de forme est aisément couverte par l'inscription du nom du banquier en qualité de bénéficiaire. La lettre de change est ainsi complète et répond aux conditions de l'article 110. Mais, pour que cette régularisation soit opposable aux tiers ou au tiré accepteur, il faut qu'elle soit conforme aux accords intervenus entre les différentes personnes qui sont parties à la lettre de change au moment de la régularisation (3).

L'inscription du nom du banquier escompteur comme bénéficiaire est évidemment conforme aux accords intervenus entre ce banquier et le tireur remettant qui se trouve ainsi tenu cambiairement. Tout le problème est de savoir si elle est conforme aux accords du tireur et du tiré accepteur.

177. — Si le banquier est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il sait que cette régularisation est contraire à la convention existant entre tireur et tiré accepteur, il ne peut certainement se prévaloir à l'encontre de ce dernier des prérogatives attachées au recours cambiaire et peut se voir opposer cette convention : ainsi, le tireur peut avoir permis au tiré accepteur de ne pas mettre la traite en circulation avant tel événement déterminé (la vente de marchandises déposées par exemple), ou de ne pas la faire escompter par tel banquier (4). Donc, en ce cas, le tiré peut refuser le paiement au banquier escompteur.

(1) Cette pratique évite au tireur de refaire une autre lettre de change et de solliciter une nouvelle acceptation du tiré, au cas où le banquier désigné comme bénéficiaire refuse d'escompter l'effet. Il ne peut en effet biffer le nom du bénéficiaire primitif pour le remplacer par un autre. Il y aurait altération de la lettre de change et il faudrait appliquer l'article 178 du Code de Commerce en vertu duquel les signataires antérieurs à l'altération sont seulement tenus dans les termes du texte original. Le nouveau bénéficiaire serait sans droit à l'encontre du tiré accepteur, il serait impossible au tireur de trouver dans ces conditions un banquier qui accepte de lui escompter cette lettre. Lyon, 7 décembre 1953, J. C. P. 1954, Som. p. 55 ; R. T. D^e Com., 1954, p. 677, n° 2 ; obs. J. Becqué-Henry Cabrillac.

(2) Dans le sens de la nullité de la lettre de change établie sans désignation du bénéficiaire, Lescot et Roblot, t. I, n° 196, p. 217. En jurisprudence : Cass. Civ., 7 février 1934, G. P. 1934, I, 721 ; Cass. Civ., 10 juillet 1939, S. 1940, I, 16 ; Paris, 3 novembre 1952, G. P. 1952, 2, 413 ; *Contra* : Toujas, t. I, n° 69, pour qui laisser le nom du bénéficiaire en blanc équivaut à indiquer le tireur comme bénéficiaire.

(3) Lescot et Roblot, t. I, n° 203, p. 225, et n° 205, p. 229.

(4) Voir l'arrêt de Rabbat, cité *infra*, note 2.

178. — Mais faut-il aller plus loin et admettre que celui qui reçoit une lettre de change incomplète commet une faute lourde s'il ne s'enquiert pas des limites et des conditions dans lesquelles le signataire a voulu s'obliger, faute qui le prive des prérogatives cambiales, et notamment du principe de l'opposabilité des exceptions (1) (2).

Cette solution paraît pleinement justifiée lorsque font défaut la dénomination de la lettre de change, son montant... mentions qu'il n'est pas courant de laisser en blanc lorsqu'on a accepté une lettre de change. Mais elle nous paraît trop rigoureuse lorsque seul le nom du bénéficiaire est laissé en blanc. Il faut tenir compte, en effet, de l'usage et de la faute commise par le tiré qui, par son imprudence, a laissé croire que le tireur avait plein pouvoir pour escompter la traite et la transmettre à n'importe quel bénéficiaire à désigner ultérieurement. Il est de pratique courante que le tireur présente la traite à l'acceptation en laissant en blanc le nom du bénéficiaire, car il ignore encore le nom du banquier qui l'escomptera. En acceptant cette traite, le tiré semble se référer à cette pratique qui n'a rien de condamnable et la banque ne commet aucune faute en l'escomptant : elle se conforme à l'usage. Il faut donc condamner le tiré au paiement de la lettre de change en raison de la faute qu'il a commise. Il n'en serait autrement que si le banquier avait négligé certains indices, même extérieurs au titre, qui auraient dû l'inciter à mettre en doute les affirmations de son client et à se renseigner auprès du tiré accepteur. Cependant, croyons-nous, il n'est pas fautif et déchu des prérogatives cambiales par cela seul qu'il ne s'est pas enquis auprès de ce dernier des conditions auxquelles la traite avait été acceptée.

Sous-section II. — La remise de la somme escomptée

179. — Une fois que le remettant a endossé le titre et l'a remis au banquier, celui-ci est tenu d'effectuer sa prestation. Il n'est pas nécessaire que le produit de l'escompte soit versé

(1) Lescot et Roblot, t. I, p. 230, note 1. Voir également en ce sens un arrêt de la Cour de Rabbat du 9 décembre 1952 (*Revue Banque*, 1954, p. 39, note X. Marin ; *R. T. D^e Com.*, 1954, p. 117, n° 1, obs. J. Becqué et H. Cabrillac) qui condamne le tiré accepteur mais prend soin de préciser que la régularisation de la traite s'est effectuée avec son accord. Voir également Bordeaux, 10 mai 1950, *Revue Banque*, 1951, p. 364, note X. Marin, et *R. T. D^e Com.*, 1950, p. 698, obs. Houin.

(2) Selon MM. Lescot et Roblot, t. I, p. 230, note 1, seul serait opposable au porteur l'exception tirée de ce que la lettre de change a été irrégulièrement complétée et non pas toutes les autres exceptions nées des rapports personnels entre tiré et tireur. Mais en fait, la régularisation de la lettre de change peut être subordonnée à la disparition d'un vice de fond (défaut de provision).

en espèces au remettant, il suffit qu'il soit mis immédiatement à sa disposition par une inscription à son compte. Au cas de versement de la somme escomptée en espèces, on dit qu'il y a « escompte par caisse » ou « négociation sur place ». Le procédé est rarement employé. Généralement, le commerçant demande au même banquier d'escompter ses effets, et les deux parties sont liées par un compte, qui le plus souvent sera un compte courant. La somme escomptée est alors inscrite au crédit du remettant qui peut la retirer aussitôt. Le banquier est libéré par cette inscription, elle équivaut au paiement. On relève dans quelques arrêts que « les effets sont portés en compte... inscrits au crédit du remettant ». Cette expression établit bien l'étroite correspondance qui doit exister entre la somme escomptée et le montant de l'effet, mais c'est une expression elliptique, et par suite inexacte ; ce n'est point l'effet qui est inscrit en compte, mais la créance du remettant née de la remise de l'effet (1).

Certains auteurs ont analysé l'escompte en compte courant comme l'aliénation d'un effet contre une inscription en compte. La créance ne serait pas « passée en compte », elle naîtrait directement en compte courant. Il y aurait troc direct d'un effet contre un article de crédit (2). Cette analyse nous semble dénuée d'intérêt en l'espèce, et de plus inexacte (3). Le compte courant est un mode de règlement des créances réciproques, il suppose donc que les créances existent en dehors de lui, avant d'y « entrer ».

Cet article de crédit est productif d'intérêts pour le remettant, mais s'il retire les fonds, il subira des intérêts débiteurs qui se compenseront avec les précédents. Nous avons déjà étudié le procédé de l'« escompte en valeur » (4).

180. — Il faut reconnaître au banquier le droit de porter au crédit du remettant la somme escomptée, même si ce dernier en demande immédiatement le paiement en espèces, quitte évidemment à la porter immédiatement à son débit. Les deux parties ont convenu, en effet, de porter en compte toutes leurs créances réciproques ; tant qu'elles n'ont pas déclaré expressément exclure une créance du compte, il faut appliquer le principe de la généralité du compte courant.

(1) Lescot et Roblot, n° 295, *in fine* ; Hamel, t. I, n° 352, p. 543 ; t. II, n° 1052, p. 790 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 40, n° 82 ; Piret, n° 12, p. 24 ; Mater, « Des remises en compte courant », *Revue Droit bancaire*, 1925, p. 241.

(2) Feitu, *Traité du compte courant*, p. 271 ; Marty, *Ann. D. Com.*, 1931, p. 95, n° 4.

(3) Piret, n° 46, p. 63.

(4) Voir *supra*, n° 145.

Le banquier a intérêt à procéder de la sorte. En cas de non-paiement de l'effet à l'échéance, son droit à la contrepassation ne saurait être contesté ; s'il règle la créance du remettant autrement que par une remise en compte, on peut lui objecter qu'ayant exclu l'opération du compte courant, il ne peut y porter son résultat (créance cambiaire ou de droit commun à l'encontre du remettant au cas de non-paiement de l'effet à l'échéance). Or, nous aurons l'occasion de mettre en évidence les avantages de la « contrepassation » pour le banquier, notamment en cas de faillite du remettant.

181. — La mise de la somme escomptée à la disposition immédiate du remettant apparaît comme une nécessité que le banquier ne peut éluder en invoquant la compensation légale avec une dette antérieure du remettant (1).

La compensation légale se produit « par la seule force de la loi, même à l'insu des parties : les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leur quotité respective » (art. 1290 du C. Civ.). Dès lors, la créance du remettant ne s'est-elle pas éteinte automatiquement dès sa naissance jusqu'à due concurrence ? La compensation légale, cependant, n'est pas d'ordre public et les parties peuvent y renoncer, même tacitement. Or, à notre sens, l'escompte, par sa nature même, implique chez les parties, aussi bien chez le remettant que chez le banquier, la volonté d'écarter toute compensation légale. L'escompte, en effet, est une opération de crédit : le remettant demande à disposer par anticipation de la somme d'argent que représente à terme son effet de commerce, et le banquier accède à cette demande : la disposition immédiate des fonds est inconciliable avec la compensation légale. L'intérêt de cette solution est le suivant :

— D'une part, elle déjoue la manœuvre du banquier consistant à accepter un effet à l'escompte (et non en paiement) et à refuser par la suite d'en verser le montant en prétendant qu'il se compense avec une dette antérieure de son client.

— Mais, d'autre part, elle protège le banquier. Si l'on admettait le jeu de la compensation légale, la créance antérieure du banquier se trouverait éteinte automatiquement jusqu'à concurrence du montant de l'effet et avec elle les sûretés qui l'accompagnent (2). La solution que nous proposons déjoue

(1) *Contra* : Hamel, t. II, n° 1052, p. 789 ; Renaud, n° 115, p. 130 et suivantes. Il faut réserver la volonté contraire des parties.

(2) Si, au contraire, il y avait eu remise en paiement, la dette antérieure et les sûretés dont elle est assortie, auraient subsisté jusqu'au paiement de l'effet à son échéance (Lescot et Roblot, t. I, n° 78, p. 98).

par là la manœuvre de garanties gênantes, manœuvres consistant à demander l'escompte d'un effet et, une fois celui-ci accordé, à refuser d'en encaisser le produit en prétendant qu'il y a eu compensation légale et que sa dette antérieure est éteinte jusqu'à due concurrence.

Le remettant peut cependant renoncer à avoir la libre disposition des fonds. Il en est ainsi notamment lorsqu'un commerçant remet en compte courant un effet de commerce pour ramener son découvert dans les limites autorisées par la banque. Il ne peut alors disposer du produit de l'escompte, mais on peut affirmer qu'il a affecté volontairement le montant à apurer sa situation. Il y a tout de même encore opération de crédit et escompte, car le banquier a considéré que le découvert avait immédiatement disparu, sans attendre le paiement de l'effet à l'échéance (1).

et suiv. ; Renaud, n° 115, p. 130). La compensation légale de la créance du remettant avec sa dette antérieure aboutit au même résultat pratique qu'une dation du titre en paiement d'une dette antérieure avec effet novatoire (dation pro soluto). Une différence subsiste toujours : dans l'escompte, le banquier bénéficie, en plus de la garantie cambiaire, de la garantie de la bonne fin ; dans la dation pro soluto d'une dette antérieure, l'accipiens ne bénéficie que de la garantie cambiaire.

(1) Pour la distinction de cet escompte et de la remise en paiement au cas où le compte courant ne fonctionne plus normalement, voir *supra*, n°s 92-93.

CHAPITRE II

LE CRÉDIT D'ESCOMPTE

182. — Les opérations d'escompte, au lieu de se former isolément, chacune d'entre elles exigeant une discussion, un accord particulier et s'effectuant à des conditions différentes, peuvent se former dans un cadre préétabli. Le banquier peut s'engager à escompter tous les effets que lui remettra son client jusqu'à concurrence d'un certain montant et à telles conditions déterminées. C'est la convention de « crédit d'escompte » appelée encore « fiche d'escompte ».

Son importance pratique dans la vie commerciale et industrielle du pays est considérable. Le « crédit d'escompte » permet aux commerçants et aux industriels d'étendre leurs entreprises en consentant des crédits aux acheteurs, au-delà des limites permises par leur trésorerie. Il a pour eux tous les avantages de la sécurité, il leur donne la certitude de pouvoir mobiliser leurs créances et de disposer des fonds nécessaires pour se réapprovisionner auprès des fournisseurs.

Les relations du banquier et de son client se caractérisent alors par l'existence d'un contrat général et d'une série de contrats particuliers, les opérations d'escompte proprement dites. Il y a d'une part l'engagement du banquier d'escompter les effets qui lui seront remis et, d'autre part l'exécution échelonnée, et parfois renouvelée, de cet engagement par la conclusion des diverses opérations d'escompte effectuées au fur et à mesure de la présentation des effets (1). Il est évident que la présence d'un engagement antérieur du banquier peut modifier la formation de ces opérations d'escompte particulières.

(1) Sur la distinction de cette double série de contrats, voir notamment : Escarra et Rault, t. VI, n° 578, p. 399, n° 637, p. 464, et n° 667, p. 485.

Nous étudierons :

- La convention de crédit d'escompte envisagée en elle-même ;
- Ses effets sur la formation du contrat d'escompte.

Section I. — La convention de crédit d'escompte envisagée en elle-même

183. — Le crédit d'escompte est un véritable contrat. Le banquier s'engage à escompter, à certaines conditions, les effets qui lui seront remis ; il est lié, et tout manquement à sa promesse entraînerait la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle.

Il faut donc se garder de confondre le crédit d'escompte et la pratique bancaire qui consiste à déterminer, pour chaque client, le chiffre maximum au-delà duquel il devient imprudent d'escompter ses effets. C'est là une règle interne de prudence, de limitation des risques, qui n'ouvre aucun droit au client, même s'il connaissait le chiffre fixé par le banquier. Toutefois, les banquiers entretiennent une certaine équivoque à ce sujet, et en pratique il est quelquefois difficile de distinguer le crédit d'escompte, véritable contrat, et le « plafond d'en cours », règle interne de prudence. Le plus souvent, en effet, le crédit d'escompte est une convention verbale, le banquier évite le plus possible de s'engager par écrit, car il pense que la forme verbale de l'engagement lui confère une plus grande liberté pour révoquer le crédit d'escompte dès que la situation du client inspire quelque inquiétude, comme s'il s'agissait d'une simple tolérance (1). Au point de vue juridique, cette attitude est critiquable. Comme le note M. Hamel (2), la convention n'en existe pas moins, et, si le client peut en apporter la preuve par témoin, le banquier sera tenu d'exécuter son engagement dans les conventions prévues. Cependant, c'est le client qui a la charge de la preuve, et souvent les difficultés pratiques qu'il rencontrera donneront gain de cause au banquier.

Sous-section I. — Nature juridique

184. — Bien que constituant un véritable contrat, le crédit d'escompte a un caractère préparatoire ; c'est un cadre dans

(1) Voir le rapport de M. Sancery sur l'ouverture de crédit, à la Commission de réforme du C. Com. Travaux, t. IV, p. 199 et 200. Voir également Schlogel : « Le crédit par caisse », *Revue Banque*, 1948, p. 637.

(2) Hamel, t. II, n° 980, p. 593.

lequel viendront se situer une série d'opérations d'escompte dont il ne constitue que le prélude ; il doit participer à la nature juridique du contrat d'escompte. Aussi, les auteurs qui analysent l'escompte en une cession de créance ou en un achat de titre, y voient une promesse d'achat (1). Cette analyse se heurte aux mêmes objections que la définition de l'escompte en un achat de titre ; elle est trop axée sur l'acquisition des effets par le banquier et laisse de côté le caractère d'opération de crédit. Elle laisse dans l'ombre la confiance que le banquier manifeste à son client en s'engageant à escompter les effets qu'il lui présentera ; elle ne met pas en relief le caractère intuitu personae, pourtant indéniable, d'un tel contrat. L'escompte est indéniablement une opération de crédit, il est donc préférable d'analyser le crédit d'escompte en une ouverture de crédit (2), mais encore faut-il préciser :

185. — La nature juridique de l'ouverture de crédit a soulevé de nombreuses controverses. On l'a assimilée tour à tour à un prêt (3), à un prêt sous condition suspensive (4), à une promesse de prêt (5). La doctrine la plus récente détache l'ouverture de crédit du contrat de prêt et y voit un contrat sui generis « inomé », qui a un objet spécial : « le crédit à consentir » (6) ; c'est une promesse de crédit.

Mais, ainsi entendue, l'ouverture de crédit est une notion générique qui englobe toute une formule de contrats présentant des caractères identiques sous des modalités différentes.

Le banquier a confiance dans son client et serait prêt à conclure avec lui des opérations de crédit (prêt, cautionnement, escompte...), jusqu'à concurrence d'un montant déterminé. Cependant, cette confiance est quelque chose d'imprécis, d'instable même, elle peut être retirée du jour au lendemain, elle n'offre qu'une sécurité relative pour le client. Aussi celui-ci demande-t-il au banquier de cristalliser

(1) Hamel, t. II, n° 1052, p. 791.

(2) H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 17, et en général tous les auteurs qui voient dans l'escompte un mode de réalisation de l'ouverture de crédit. Escarra et Rault, t. VI, n° 413, p. 466 ; Henrion et Simonet, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, n° 128, p. 178.

(3) Cass. Civ., 28 avril 1863, D. 63, I, 329.

(4) Cass. Civ., 23 janvier 1867, D. 67, I, 164. Pour une critique de cette analyse, voir Hamel, t. II, n° 975, p. 586.

(5) Hamel, t. II, n° 975.

(6) Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1886, p. 808 ; en ce sens, H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 31, n°s 30 et 31 ; Escarra et Rault, t. VI, n°s 665 et suivants, p. 484. La Commission de réforme du Code de Commerce a également écarté toute référence au prêt. *Travaux*, t. IV, p. 197 et suivantes.

cette confiance, de lui donner une consistance juridique en s'engageant à effectuer dans l'avenir des opérations de crédit jusqu'à un montant déterminé. L'ouverture de crédit est en somme la promesse de faire confiance jusqu'à tel montant. L'expression « promesse de crédit » est très significative (1). Ainsi s'explique parfaitement le caractère intuitu personae de l'ouverture de crédit et son « caractère unilatéral », entendu en ce sens que seul le banquier a l'obligation d'effectuer des opérations de crédit.

Le crédit peut se traduire de plusieurs manières : le banquier peut consentir des prêts, cautionner son client, accepter ses effets à l'escompte. Aussi, la promesse de crédit se précise-t-elle en une promesse de prêt, de cautionnement, d'escompte d'effet de commerce (crédit d'escompte)... suivant les opérations de crédit que le banquier s'engage à effectuer et qui seront la traduction de sa confiance cristallisée, figée, dans le moule d'un contrat (2).

Le crédit d'escompte apparaît donc comme une espèce d'un genre plus général, l'ouverture de crédit. Dire que le crédit d'escompte est une ouverture de crédit permet d'appliquer ici toutes les règles générales concernant ce genre contractuel, caractère obligatoire pour le banquier seul, importance de l'élément confiance très marquée. Nous étudierons le caractère obligatoire du crédit d'escompte avec ses effets sur la formation du contrat d'escompte, et préciserons seulement ici les conséquences de l'élément confiance. Mais le crédit d'escompte étant une espèce particulière d'ouverture de crédit, il convient d'en décrire ses diverses modalités.

Sous-section II. — La durée du crédit d'escompte

Le rôle de la confiance

186. — Le banquier est lié par un véritable contrat, il est tenu d'escompter, aux conditions fixées, les effets qui lui sont présentés et ne peut, à sa guise, révoquer sa promesse. Cependant, cette règle n'est pas absolue : l'engagement du banquier est fondé sur sa confiance dans son client. Tout événement qui altère cette confiance, qui diminue la « dignité du crédit », selon l'expression allemande (3), devrait en principe autoriser le banquier à révoquer son engagement (4). Il

(1) Escarra et Rault, t. VI, n° 637, p. 465.

(2) En ce sens, H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 31, n° 31.

(2) *Kredit würdigheit*.

(4) Voir Escarra et Rault, t. VI, nos 647 et 648, p. 472 ; Henrion et Simonet, *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, nos 131 et suivants ; Dieryck, *Les ouvertures de crédit*, Bruxelles, 1945, n° 63.

faut donc concilier la force obligatoire du contrat et la possibilité pour le banquier de révoquer sa promesse dès qu'il y a atteinte à la dignité du crédit. Le point d'équilibre est délicat à déterminer, la liberté du banquier sera plus ou moins grande selon que le crédit d'escompte a une durée déterminée ou non.

I. - LE CRÉDIT D'ESCOMPTE A UNE DURÉE DÉTERMINÉE

187. — Si les parties ont fixé la durée du crédit d'escompte, le banquier est tenu en principe d'escompter les effets qui lui seront présentés jusqu'au terme prévu. La convention fait la loi des parties. Mais il se peut, qu'avant l'arrivée du terme fixé, la « dignité du crédit » s'effondre ; le banquier peut-il révoquer son engagement ?

La prudence des banquiers les conduit fréquemment à prévoir expressément dans leurs conventions types de très nombreux cas de révocation anticipée. Il suffit alors de respecter la convention des parties(1). Mais que faut-il décider dans le silence du contrat ?

188. — La solution s'impose d'elle-même au cas de faillite, de décès, d'incapacité du client ou de transformation sociale de la société cliente (2) (3). Le crédit d'escompte, basé sur la confiance, est en effet un contrat intuitu personnae. On ne peut imposer au banquier de maintenir sa promesse, envers le syndic, les héritiers, le représentant légal de son client ou une nouvelle société. L'article 2 du projet établi par la Com-

(1) MM. Henrion et Simonet, p. 181, note 9, citent les exemples suivants : demande de sursis ou de concordat amiable ; protêt d'un effet portant les signatures du crédité, non-paiement après un certain délai des effets escomptés et revenus impayés ; cessation d'activité ; saisie-arrière chez le banquier des avoirs du crédité ; acceptation par le crédité d'effets de commerce de complaisance. Ces clauses sont parfaitement licites (Hamel, t. II, p. 793, note 1). H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 18. Leur usage est peu répandu en France ; elles sont surtout employées en Allemagne.

(2) Hamel, t. II, n° 1052, p. 792 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 649, p. 473 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 18 ; M. Germain-Martin, *Enc. D. D^e Com.*, V° Escompte, n° 45. La solution est admise par tous les auteurs pour l'ouverture de crédit en général ; nous n'avons cité que ceux qui l'admettent expressément pour le crédit d'escompte.

(3) La personnalité du banquier a aussi son importance en matière de crédit d'escompte ; cependant, à son égard, le caractère intuitu personnae est moins marqué, et l'on peut admettre, à certaines conditions, que son obligation est transmise à ses successeurs. Il faut appliquer purement et simplement les solutions dégagées en matière d'ouverture de crédit. Hamel, t. II, n° 978, p. 589 et suivantes ; Escarra et Rault, t. VI, n° 654, p. 476.

mission de réforme du Code de Commerce pour l'ouverture de crédit précise même que celle-ci peut être révoquée au cas de cessation de paiement, même non constatée par jugement (1). Cette solution n'est pas une résurrection de la notion de faillite virtuelle condamnée par l'article 447 nouveau du Code de Commerce, elle est étrangère au droit de la faillite, c'est une conséquence de la structure de l'ouverture de crédit en général et du crédit d'escompte en particulier : l'état de cessation de paiement enlève toute base à la confiance du banquier. La révocation du crédit d'escompte est parfaitement légitime, mais, justifiée en théorie, cette solution, soulèvera de graves difficultés pratiques. Comme toujours, la difficulté sera d'apprécier non des cas extrêmes, mais des cas intermédiaires. Il faut, semble-t-il, distinguer suivant les causes qui altèrent la « dignité du crédit ».

189. — S'agit-il d'événements économiques extérieurs à l'entreprise du remettant (crises économiques, circonstances politiques ou sociales défavorables), il faut sans aucun doute maintenir la force obligatoire du contrat (2). Le crédit d'escompte a précisément pour objet de conférer une grande sécurité à son client en lui donnant la certitude de pouvoir surmonter les difficultés économiques, politiques ou sociales qui se présenteraient. Le terme doit être respecté, il faut donner, croyons-nous, la même solution si les opérations commerciales pour lesquelles le client a sollicité le crédit d'escompte s'avèrent plus aléatoires que prévu : le banquier devait savoir à quoi il s'engageait. Il faut en somme appliquer le droit commun des conventions ; dans ces hypothèses, la confiance du banquier n'a pas été trompée par le client, on ne peut lui reprocher une faute et les contrats de droit privé ne sont pas rescindables pour cause d'imprévision.

190. — Mais, au contraire, le banquier peut-il établir que sa confiance a été surprise lors de l'ouverture du crédit d'escompte. ou que, par la suite, le client s'est livré à des manœuvres déloyales, par exemple détourner le produit des opérations d'escompte du but prévu, il faut sans aucun doute lui permettre de révoquer son engagement (3). Celui-ci repose

(1) *Travaux*, t. IV, p. 214. Voir les observations de MM. Guyard et Sancery, p. 212 et 213.

(2) En ce sens, Escarra et Rault, t. VI, n° 653, p. 475 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 31, n° 16. Il faut évidemment réserver le cas où ces événements revêtraient le caractère de la force majeure, ou mettraient le crédit en état de cessation de paiements.

(3) En ce sens, H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 31, n° 16 ; Henrion et Simonet, *op. cit.*, n° 134, p. 182 ; Escarra et Rault, t. VI, p. 473, n° 648. Ces derniers auteurs cependant ne voient pas une « obligation juri-

en effet sur la confiance qu'il avait dans son client. Or, l'octroi de cette confiance n'est pas un acte unilatéral, le client doit la mériter par sa conduite en faisant preuve de franchise absolue et de loyauté lors de l'ouverture du crédit d'escompte et au cours de son fonctionnement. Il y a là une sorte d'exception d'inexécution. On perçoit ici l'originalité profonde du droit commercial, et plus particulièrement du droit bancaire : la règle morale y tient une place plus grande qu'en droit civil, et dans le contrat de crédit, la loyauté du crédité est dans une certaine mesure la « cause » de l'obligation du créancier (1). On saisit dès lors les difficultés pratiques d'application que peuvent soulever de tels contrats (2). Le crédité, de son côté, demeure toujours libre de ne pas utiliser le crédit d'escompte, mais ne peut cependant résilier unilatéralement, avant le temps fixé, le contrat qui le lie à son banquier, pour éviter de payer les commissions.

II. - LE CRÉDIT D'ESCOMPTE N'A PAS UNE DURÉE DÉTERMINÉE

191. — Dans cette hypothèse, assez fréquente, le banquier et son client ont une plus grande liberté pour résilier le crédit d'escompte. Chaque partie doit pouvoir mettre fin à un tel contrat, par sa seule volonté, selon la règle générale pour tout contrat à durée indéterminée (3).

Le banquier peut dénoncer son engagement pour quelque cause que ce soit, même purement personnelle, en dehors de toute atteinte à la dignité du crédit du client, à condition

digue véritable », mais une « obligation morale » dans l'obligation de fournir au banquier des indications précises et complètes, n° 644, p. 471 ; *contra* : dans le sens d'une exécution stricte du contrat, voir Hamel, t. II, n° 987, *in fine*, p. 602, et la note 4.

(1) Escarra et Rault, t. VI, n° 648, p. 473. « ... Le client, en ne maintenant pas sa « dignité de crédit » a commis en quelque sorte une faute dont le banquier peut obtenir réparation sous la forme la plus adéquate, qui est la cessation du crédit. » Pour nous, cette faute est un manquement au devoir de loyauté. Voir également l'article 2 du projet de la Commission de réforme sur l'ouverture de crédit, qui admet la révocation de l'engagement du banquier pour faute lourde commise par le crédité dans l'utilisation du crédit qui lui a été consenti. *Travaux*, t. IV, p. 214. Dès lors qu'il s'agit d'une révocation pour faute du crédité, il faut admettre que la révocation peut intervenir sans préavis. En ce sens, Henrion et Simonet, *op. cit.*, n° 134, p. 183.

(2) Les juges peuvent avoir à tenir compte de circonstances accessoires, par exemple de la perception d'une commission spéciale. Voir sur ces points : Escarra et Rault, t. VI, n° 650 et suivants.

(3) En ce sens, Hamel, t. II, n° 1052, p. 792 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 18 ; Henrion et Simonet, *op. cit.*, n° 134, p. 183 ; *Enc. D. D^e Com.*, V° Crédit industriel et commercial, n° 40. Voir également l'article 1 du projet de la Commission de réforme sur l'ouverture de crédit, t. IV, p. 214.

toutefois de ne point commettre un abus de droit, ou d'agir dans le but de nuire au client. Ce dernier doit même pouvoir bénéficier d'un préavis, fixé par l'usage, à défaut de l'être par la convention, pour trouver ailleurs l'escompte de ses effets (1).

Il peut arriver que le banquier, dans un crédit d'escompte à durée déterminée, ait stipulé en sa faveur la faculté de révoquer son engagement quand bon lui semblerait. A notre sens, une telle convention n'est pas nulle comme étant affectée d'une condition purement potestative de la part de celui qui s'oblige, mais vaut comme une convention à durée indéterminée. C'est seulement la stipulation du terme qui est purement potestative et qui est nulle, mais dès la conclusion d'un tel contrat, le banquier est tenu d'escompter les effets présentés jusqu'à révocation de l'engagement et l'expiration du délai de préavis (2).

Quant au crédit, il peut évidemment dénoncer à tout moment le crédit d'escompte, pour éviter de payer les commissions ; mais la non-utilisation du crédit n'équivaut pas à une réalisation tacite de la convention, puisque le crédit n'a pas l'obligation de l'utiliser en présentant les effets à l'escompte.

En toute hypothèse, la révocation du crédit d'escompte ne porte pas atteinte aux opérations déjà conclues (3) ; celles-ci ont bien été accomplies en exécution du crédit d'escompte, mais une fois accomplies, elles en sont indépendantes et doivent suivre leur cours normal.

Sous-section III. — Modalités du crédit d'escompte

192. — La convention de crédit d'escompte peut être plus ou moins précise. Au point de vue juridique, certaines précisions sont plus essentielles les unes que les autres.

Il est indispensable que la convention de crédit d'escompte prévoit les conditions auxquelles s'effectueront les opérations d'escompte ultérieures (taux d'escompte, diverses commissions), car pour être valable une promesse de contrat doit préciser tous les éléments des conventions à venir. A défaut de telles précisions, l'engagement du banquier n'aurait aucune consistance ; pour refuser un effet à l'escompte, il pourrait élever ses prétentions et aboutir ainsi au même résultat qu'une révocation de crédit.

(1) Dans le sens de la nécessité d'un préavis dans cette hypothèse, voir les auteurs cités à la note précédente.

(2) En sens contraire, Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1888, p. 869.

(3) Escarra et Rault, t. VI, n° 657, p. 478.

193. — Sur le plan purement juridique, la fixation du montant de « l'encours » maximum n'est pas indispensable. Si le banquier ne fixe pas la ligne de crédit (c'est une hypothèse d'école), il faut admettre qu'il manifeste à son client une confiance illimitée et qu'il accepte d'escompter tous les effets qui lui seront présentés par celui-ci pour les besoins de son commerce (1). Il faut cependant tenir compte des instructions du Conseil national de crédit qui, dans certains cas, impose aux banques, avant d'ouvrir un crédit d'escompte d'une certaine importance, de demander l'autorisation de la Banque de France (2). Nous pensons que l'absence d'autorisation, pour les cas où elle est nécessaire, entraîne la nullité du crédit d'escompte, puisque celui-ci est accordé en violation d'une réglementation impérative d'ordre public ; mais la banque coupable d'infraction peut être condamnée à des dommages-intérêts envers son client qui peut ignorer la réglementation du crédit bancaire. Aussi, les banques agissent-elles prudemment, subordonnant expressément leurs engagements à l'autorisation de la Banque de France.

194. — La convention de crédit d'escompte peut fixer les caractéristiques que devront présenter les effets remis à l'escompte : longueur, nature du papier, liste des tirés éventuels, la nécessité de l'acceptation... Mais ce n'est point là une nécessité juridique. Comme nous le verrons, l'usage supplée au silence des parties.

195. — Le plus souvent, le crédit fonctionne dans le cadre d'un compte courant. Ces deux conventions « cadres » sont alors étroitement liées et se complètent harmonieusement. Le crédit d'escompte se renouvelle sans cesse au fur et à mesure que les effets escomptés sont payés à l'échéance par le tiré, le garant ou même par le cédant. Ainsi, pendant la durée du crédit d'escompte, le total des effets escomptés et non encore payés ne peut jamais dépasser le chiffre fixé comme maximum d'« en cours », mais le nombre total des effets remis à l'escompte et payés à l'échéance pendant toute la durée du crédit d'escompte, peut être bien supérieur au plafond prévu.

(1) En ce sens, Hamel, t. II, n° 1052, p. 792, note 1 ; Req., 4 mars 1896, *Ann. D^e Com.*, 1896, p. 95. En sens contraire, Henrion et Simonet, n° 135, p. 183 ; ces auteurs estiment qu'à défaut de plafond « le crédit n'aurait pas le moyen d'exiger une exécution quelconque ». Selon nous, puisque le banquier s'est engagé, il doit s'exécuter, et d'une manière indéfinie s'il a omis de fixer un plafond. Ce dernier d'ailleurs existera toujours en fait : on doit présumer que le banquier n'a accepté d'escompter que les effets tirés à l'occasion et pour les besoins du commerce du client.

(2) Voir H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 35, n° 18, et fasc. 30.

C'est là un des effets du mécanisme du compte courant (indivisibilité), mais cet effet est en parfaite harmonie avec la nature juridique du crédit d'escompte. La ligne de crédit marque le degré de confiance maximum que le banquier accorde d'une manière ferme à son client ; il serait illogique que cette confiance s'épuise au fur et à mesure de la réalisation des opérations d'escompte envisagées, sans renaître après leur heureuse issue. La confiance doit se maintenir à un niveau uniforme ; les termes « d'en cours » et de « ligne de crédit » sont d'ailleurs très suggestifs.

196. — La confiance du banquier peut se justifier, dans une certaine mesure, par l'octroi de garanties sérieuses consenties par son client : hypothèques, nantissement de fond de commerce, mise en gage de valeurs mobilières, cautionnement de droit commun, aval général par acte séparé, recours à l'assurance-crédit, retenue sur bordereau... L'étude de ces garanties déborde le cadre de notre thèse. Les quatre premières ne sont pas spécifiques de l'escompte. L'aval général par acte séparé, admis par l'article 130 du Code de Commerce, ne pose aucune question particulière relative à l'escompte ; son étude ressort de celle des problèmes de droit cambiaire (1). L'assurance-crédit est généralement contractée par le client qui en transfère le bénéfice au banquier escompteur ; ce serait là, pour ce dernier, une charge trop lourde qui excéderait la faible marge de profit laissée par l'escompte. Les engagements assumés par l'assureur peuvent revêtir des formes variées. Si l'assurance-crédit se rencontre en matière de crédit d'escompte, ce n'est point un des problèmes juridiques posés par l'escompte lui-même. Elle se situe en dehors de notre sujet et relève des études sur le droit des assurances terrestres (2). Les retenues sur bordereaux constituent une garantie typique du crédit d'escompte. Le banquier escompteur, d'accord avec son client, retient sur le montant de chaque remise d'effet (relevée sur un bordereau) un certain pourcentage. Les sommes ainsi retenues constituent un capital

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 497, p. 562 et suivantes ; Hamel, t. II, n° 1054, p. 794. Il est admis en doctrine qu'en matière de crédit d'escompte à durée indéterminée, l'avaliste qui n'a pas précisé la durée de son engagement, peut se dégager à son gré de son obligation de caution, en vertu du principe que toute personne tenue pour une durée indéterminée peut, en principe, mettre fin à son engagement quand bon lui semble. Voir cependant, Douai, 5 janvier 1939, G. P. 1939, I, 640, qui a admis que l'aval n'était pas à durée indéterminée lorsque l'engagement du garant était pris « jusqu'à la liquidation et l'apurement de tout compte ».

(2) L'assurance crédit a suscité de très nombreuses études. Voir Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres*, t. I, et la bibliographie citée par Hamel, t. II, n° 1057, p. 799.

qui servira de gage pour assurer le montant des effets impayés ou des autres dettes du client, conformément aux accords intervenus. La validité de ce procédé n'est discutée ni en doctrine (1) ni en jurisprudence (2). Il s'agit en somme d'une variété de gage en espèces constitué selon des modalités spéciales, mais qui ne pose point de problèmes particuliers par l'opération d'escompte.

Section II. — Les effets du crédit d'escompte sur la formation du contrat d'escompte

197. — En l'absence de crédit d'escompte, le banquier est libre de refuser les effets qui sont présentés à l'escompte. Si les banques assurent manifestement une fonction de service public, nul toutefois n'a droit au crédit (3). Il faut mériter la confiance du banquier et ce dernier est seul juge pour l'accorder ou la refuser. Au contraire, si le banquier a consenti un crédit d'escompte, il est obligé d'escompter les effets qui lui sont présentés en exécution de cette convention ; il a aliéné volontairement son droit de ne pas contracter. Il faut étudier les répercussions éventuelles de cette obligation sur la date de formation du contrat d'escompte.

Sous-section I. — L'obligation du banquier

198. — Le banquier et son client ne sont point sur un pied d'égalité. Le client n'est point obligé d'utiliser le crédit d'escompte qui lui a été consenti et de remettre des effets à l'escompte. Le banquier a pris un engagement définitif qu'il est obligé de remplir en escomptant les effets de son client. C'est en ce sens que l'on peut dire que le crédit d'escompte, comme toutes les ouvertures de crédit, a un caractère unilatéral (4). Cet aspect du crédit d'escompte se comprend aisément : il n'est que la cristallisation de la confiance du

(1) Hamel, t. II, n° 1055, p. 796 ; Escarra, *Manuel*, n° 1386.

(2) Civ., 8 juin 1886, D. 87, I, 86.

(3) Voir Ferrounnière et de Chillaz, n° 161, p. 158. On peut qualifier les banques de services publics virtuels. Le rôle de l'élément de confiance dans les opérations de crédit tient en échec les règles de droit public qui veulent que tout citoyen ait accès aux avantages procurés par un service public. Voir sur le droit du banquier de refuser certaines opérations, Trib. Seine, 7 janvier 1955, *R. T. Dr. Com.*, 1955, p. 362, obs. J. Bequé et H. Cabrillac ; *Revue Banque*, 1955, p. 111, note X. Marin.

(4) Le crédit d'escompte est cependant un acte synallagmatique dans le cas où le banquier perçoit une commission. Voir Escarra et Rault, t. VI, n° 659, p. 486.

banquier dans le moule obligatoire d'un contrat ; c'est une mesure de sécurité que sollicite le client. Il paie cet avantage en versant une commission au banquier, mais il n'est point tenu d'user de la confiance qui lui a été ainsi attribuée.

Le banquier doit respecter les conditions déterminées par la fiche d'escompte. Il ne peut, de sa propre initiative, augmenter le taux de l'agio ou le montant des commissions. Cependant, ces conditions peuvent varier. Les parties se réfèrent presque toujours au taux d'escompte de la Banque de France qu'elles majorent d'un ou plusieurs points, et aux conditions de banque établies par le Conseil national de crédit. Si le T.B. ou le montant des commissions vient à changer, le banquier pourra appliquer les nouvelles conditions à l'escompte des effets qui lui seront ultérieurement présentés. L'intention des parties sur ce point ne fait aucun doute. La référence au T.B., sans indiquer le taux en vigueur au moment de l'octroi du crédit d'escompte, est d'ailleurs suffisamment révélatrice.

199. — De son côté, le client doit présenter à l'escompte des effets de commerce qui correspondent aux caractéristiques fixées par l'accord des parties : longueur, nature du papier, acceptation, qualité des signataires... A défaut de quoi, il ne peut alléguer l'engagement du banquier. Il faut accorder au banquier un délai pour lui permettre de vérifier si les effets présentés répondent bien aux conditions fixées. On ne peut l'obliger, avant tout contrôle, à mettre immédiatement à la disposition du remettant le produit de l'escompte.

Lorsque la fiche d'escompte ne précise pas les conditions que doivent remplir les effets, le banquier n'est cependant pas tenu d'accepter inconditionnellement tous les effets de son client ; il faut lui reconnaître un certain pouvoir d'acceptation et le droit de rejeter les effets suspects. Il est toutefois très délicat de déterminer l'étendue exacte des droits du banquier lorsque les parties ont gardé le silence sur ce point. Il est certain que le banquier peut toujours refuser d'escompter un effet de complaisance. Le fait même de la part du crédit de présenter un tel effet à l'escompte le rend indigne de la confiance du banquier et, selon nous, autorise celui-ci à révoquer le crédit d'escompte sans préavis. Si, par impossible, les parties avaient prévu « l'escompte » de tels effets, cette convention, nulle pour illicéité de l'objet, le banquier ne serait point tenu de l'exécuter (1). Mais, de l'effet de pure complaisance, il faut distinguer les effets financiers d'ouver-

(1) Bordeaux, 2 juin 1896, D. 1896, II, 406 ; Hamel, t. II., n° 1043, p. 758 ; Lescot et Roblot, t. II, n° 985, p. 477 ; Hémard, *Des effets de complaisance*, thèse, Paris, 1900, p. 134.

ture de crédit et de cautionnement parfaitement valables et que le banquier peut s'engager à escompter (1).

Toutefois, lorsque la fiche d'escompte ne précise pas la nature des effets, il est unanimement admis que l'engagement du banquier ne concerne que les effets commerciaux, créés pour le règlement de vente de marchandises ou de fournitures de travaux ou de services, à l'exclusion des effets financiers qui ne présentent pas la même sécurité (2). En fait, il peut être difficile de distinguer un effet « commercial » d'un effet « financier ». Pour déceler les effets d'ouverture de crédit ou de cautionnement, il suffira au banquier de demander à son client de justifier de la réalité de la vente ou des travaux qui sont à l'origine du tirage. C'est là son droit le plus strict.

200. — Mais faut-il aller plus loin, et admettre que le banquier s'est implicitement réservé la faculté de refuser tous les effets qui ne lui paraissent pas offrir, chez le tiré ou les garants, une sécurité suffisante, seraient-ils émis à l'occasion de relations commerciales normales ? Peut-il, à défaut de stipulation expresse, écarter les « tirés faibles » (3) ? Nous ne le pensons pas. Admettre cette solution serait réduire, à l'excès, la portée de l'engagement du banquier et la sécurité sur laquelle était en droit de compter le client. Le banquier a pris un engagement, il doit le respecter et escompter les effets émis à l'occasion de relations d'affaires normales. Il lui appartient de prendre les renseignements nécessaires sur les correspondants de son client. Mais il faut cependant réserver l'hypothèse où l'effet présenté à l'escompte ne correspondrait pas à des relations d'affaires normales. Il en sera ainsi pour les effets tirés sur les consignataires, en représentation de marchandises déposées. Ces effets ne sont pas véritablement provisionnés et constituent des artifices pour obtenir des fonds grâce à l'escompte. De même, il faut reconnaître au banquier le droit de refuser le papier d'une longueur supérieure à celle admise par les usages de la profession du client et dépassant les délais normaux nécessaires à la revente des marchandises (4). Par l'octroi de délais exagérés, le client essaie d'attirer les acheteurs, mais compromet ainsi la sécurité de son papier qui, dans une certaine mesure, devient du papier

(1) Voir *supra*, nos 120 et 128.

(2) Hamel, t. II, n° 1052, p. 792 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 36, n° 18.

(3) En ce sens, Hamel, t. II, n° 1052, p. 792 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 653, p. 476.

(4) Il faut supposer évidemment que le banquier n'a pas fixé sur la fiche d'escompte la longueur maximum du papier, ce qui est bien imprudent de sa part.

financier (1). Ces diverses pratiques ne sont pas des opérations commerciales normales et sont peu recommandables. Elles altèrent la « dignité du crédit » ; en s'y livrant, le client abuse de la confiance du banquier qui était en droit de croire qu'il se conformerait aux usages de sa profession et à une saine pratique commerciale. Ce manquement au devoir de loyauté, sans autoriser une révocation du crédit d'escompte, justifie le refus du banquier d'escompter de tels effets.

Si le banquier bénéficie d'un droit d'appréciation assez étendu, il ne peut cependant pas se réserver expressément un pouvoir d'appréciation discrétionnaire : il n'y aurait pas en réalité de crédit ouvert, son engagement serait nul comme purement potestatif (2). La commission qu'il aurait perçue serait sans cause.

201. — Si le banquier refuse d'escompter les effets qui répondent manifestement aux conditions de la fiche d'escompte, ou s'il révoque abusivement le crédit, il peut être condamné à des dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé à son client. Il faut évidemment réserver l'application de l'article 1150 du Code civil puisque nous sommes en matière contractuelle. L'exécution en nature, théoriquement possible, ne sera pas demandée en fait (3).

Sous-section II. — La date de formation du contrat d'escompte

202. — Dans l'escompte isolé, le contrat d'escompte se forme par le jeu d'une offre et de l'acceptation de cette offre, seule la date d'acceptation étant prise en considération pour déterminer la date de formation (4). Lorsqu'un crédit d'escompte lie les deux parties, un tel système risque d'être faussé. Le banquier, nous l'avons vu, a l'obligation d'escompter les effets répondant aux conditions fixées par la fiche d'escompte. Dès lors, on peut soutenir que le contrat d'escompte se forme dès la remise des effets par le client : puisque le banquier ne peut les refuser, il les a en somme acceptés par avance. Il est même possible d'aller plus loin et d'affirmer que le contrat d'escompte est définitivement formé dès avant la réception matérielle des effets par le banquier, puisque le client a manifesté d'une façon non douteuse la volonté de les

1) Ferronnière et de Chillaz, n° 270, p. 244.

2) Dieryck, *Les ouvertures de crédit*, Bruxelles, 1945, n° 29 ; Henrion et Simonet, n° 129, p. 178.

3) Voir Escarra et Rault, t. VI, n° 655, p. 477.

(4) Voir *supra*, n° 154, 158 et suivants.

remettre à l'escompte, par exemple en les expédiant à son banquier. Dès ce moment, la mort ou la faillite de l'une des parties ne saurait mettre un obstacle à l'inscription des remises en compte courant (1).

Un tel système ne nous paraît pas admissible. Le banquier, lié par un crédit d'escompte, a bien l'obligation d'accepter les effets qui lui sont présentés, mais il dispose manifestement d'un droit de vérification et d'un certain délai pour contrôler si les effets correspondent bien aux conditions fixées sur la fiche d'escompte. Tant que ces vérifications ne sont pas terminées, on ne peut dire qu'il ait accepté d'escompter les effets. Or, à défaut d'accord du banquier, le contrat d'escompte n'a pu se former. Il ne faut pas fonder l'obligation d'accepter, dont l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts, et l'acceptation elle-même, qui seule forme le contrat.

Il demeure cependant qu'en matière de crédit d'escompte la remise des effets par le client constitue toujours une offre au sens juridique du terme, puisque toutes les conditions de l'opération envisagée se trouvent nécessairement dans la fiche d'escompte. Le contrat se formera donc dès l'acceptation du banquier, sans qu'il soit besoin que le client en ait connaissance. Cette acceptation résulte, sans contestation possible, de l'inscription en compte courant, mais elle peut être antérieure, puisque l'inscription est une simple régularisation comptable. La détermination exacte de la date d'acceptation est une question d'espèce qui peut être très délicate à trancher. Rappelons, qu'à notre avis, la mention « remise du... » indique le jour où le banquier a accepté d'escompter les effets remis et a acquis sur eux un droit définitif par la formation du contrat d'escompte (2).

(1) En ce sens, voir Hamel, t. I, n° 356, p. 555.

2. Voir *supra*, n° 162.

CHAPITRE III

MODALITÉS PARTICULIÈRES DE FORMATION ET D'EXÉCUTION

203. — L'ingéniosité des banquiers est infinie ; nombreuses sont les modalités qui permettent d'adapter l'opération d'escompte aux besoins de la clientèle. Nous avons déjà eu l'occasion d'étudier certaines d'entre elles. Ainsi, nous savons qu'un effet peut être pris à l'escompte pour une période de temps inférieure à celle restant à courir jusqu'à l'échéance de l'effet, c'est l'escompte en pension (1). L'escompte en compte, ou en valeur, se singularise par le mode de calcul de la rémunération du banquier (2). Nous avons admis l'escompte des effets financiers, d'ouverture de crédit, de cautionnement, l'escompte au tiré, comme de véritables opérations d'escompte (3). Il nous reste à étudier deux modalités particulières : l'escompte fournisseur et l'escompte à forfait (4).

Section I. — L'escompte-fournisseur

204. — Normalement le banquier escompte les effets tirés par son client sur son débiteur et lui permet ainsi de mobiliser

(1) Voir *supra*, n° 85.

(2) Voir *supra*, n° 145.

(3) Voir *supra*, n° 120.

(4) L'escompte des « effets de chaîne » ne pose aucun problème juridique particulier. Les ventes à crédit ou à tempérament donnent lieu généralement à la création d'une « chaîne » de traites aux échéances échelonnées sur plusieurs mois, tirées par le vendeur sur son acheteur. Si ces effets sont à moins de trois mois, ils sont escomptés normalement par une banque. S'ils sont à échéance de plus de trois mois, le banquier en avance le montant au vendeur mais mobilise cette avance par un billet à ordre souscrit par le vendeur, à trois mois d'échéance au maximum, renouvelable et dont le paiement est garanti par les effets de chaîne remis en nantissement. L'opération n'est plus un escompte, mais un découvert mobilisé, garanti par un nantissement d'effet de commerce. Voir Ferrounière et de Chillaz, n° 469, p. 431 et suivantes.

ses créances. C'est l'escompte classique. Mais le banquier peut aussi escompter du papier tiré sur son client à la demande de ce dernier et au profit d'un créancier, généralement un de ses fournisseurs, tireur de la traite. L'opération est le plus souvent précédée d'un accord entre le client tiré et son banquier : ce dernier s'engage à escompter les effets qui lui seront remis par le fournisseur, et préalablement acceptés (1).

Il s'agit pour le client d'éviter le paiement comptant et d'obtenir de meilleures conditions de ses fournisseurs. Ces derniers se montreront moins exigeants s'ils sont assurés de trouver un banquier qui consente à leur escompter, à des conditions fixées d'avance, les effets acceptés par leur débiteur (2). Afin d'augmenter l'intérêt de l'opération pour les fournisseurs, le client tiré prend le plus souvent les agios et les commissions à sa charge. L'opération est connue sous des noms divers : escompte des acceptations du client, escompte du papier de fournisseur, plus brièvement escompte-fournisseur.

205. — L'escompte-fournisseur ne devrait, semble-t-il, soulever aucune difficulté juridique particulière puisque, à peu de chose près, tout se passe comme dans l'escompte classique. Il importe peu que le tireur présente l'effet de sa propre initiative à un banquier pour le faire escompter, ou que le tiré lui facilite l'opération auprès de son propre banquier.

Cependant, en France et en Belgique, ce mode d'escompte a soulevé d'importants litiges (3). Certains fournisseurs ont soutenu qu'ils avaient cru que le règlement de l'effet entre leurs mains était un paiement comptant définitif et irrévocable, effectué par le banquier de leur débiteur pour le compte de ce dernier, qu'ils n'avaient nullement entendu s'engager, par leur signature sur l'effet ou par l'escompte, à garantir le paiement à l'échéance, et que dès lors le banquier n'était pas fondé à en demander le paiement si, à l'échéance, son client tiré était défaillant.

Il importe donc de rechercher si le procédé de l'escompte-fournisseur est ou non exclusif des recours du banquier escompteur contre le tireur-fournisseur. Le problème se pose

(1) Au lieu d'accepter une lettre de change, le client peut souscrire un billet à ordre au bénéfice de son fournisseur. Ce procédé semble peu employé.

(2) Certaines entreprises utilisent même cette formule pour bénéficier des avantages des ventes au comptant (le taux de l'escompte commercial étant plus élevé que celui de l'escompte bancaire). G. Petit-Dutaillis, *Le risque du crédit bancaire*, n° 430, p. 288.

(3) Voir les arrêts rapportés à la *Revue Banque* de 1952, p. 374, 1954, p. 181 ; 1959, p. 251 ; commentés par M. X. Marin.

pour le recours cambiaire, et pour le recours de droit commun né du contrat d'escompte même.

Un autre problème est susceptible de se poser. Le banquier, avons-nous dit, s'engage envers son client à escompter les effets tirés par ses fournisseurs. Quelle est la portée de cet engagement vis-à-vis de ces derniers, et son influence sur la formation des contrats d'escompte à intervenir ?

Sous-section 1. — Maintien du recours cambiaire du banquier escompteur contre le tireur fournisseur

206. — Au moment où le problème a vu le jour en jurisprudence, la doctrine s'était déjà prononcée pour le maintien du recours cambiaire du banquier contre le fournisseur tireur (1). La Cour de Paris, le 20 février 1952 (2), la Cour de Montpellier, le 4 février 1959 (3), ont confirmé cette solution et ont rejeté à juste titre la prétention des fournisseurs.

207. — Dans de tels procès, ces derniers avancent généralement deux arguments :

1° Ils soutiennent, tout d'abord, qu'ils ignoraient la portée de leur engagement de tireur et pensaient n'être nullement tenus à garantir le paiement de la lettre de change à son échéance (4). A lui seul, un tel argument est insuffisant : nul ne peut prétexter de son ignorance de la loi pour se sous-

(1) Hamel, t. II, n° 1060, p. 806 ; Escarra et Rault, t. VI, p. 426, note *in fine* ; Terrel et Lejeune, p. 152. Depuis des arrêts de la Cour de Paris du 20 février 1952, ajouter Ripert, par Durand et Roblot, t. I, n° 1941-2 ; Ferrounnière et de Chillaz, n° 271, p. 246 ; Schogel, *R. T. D^c Com.*, 1952, p. 607 ; H. Germain-Martin, *Enc. D.*, V° Escompte, n° 54 ; voir également les auteurs belges : F. Lison, « L'escompte fournisseur », *Revue de la Banque* (revue belge), 1943, p. 300, et 1951, p. 638 ; De Beus, *Ibidem*, 1950, p. 301 et 425 ; L. Frédéricq, *Ibidem*, 1952, p. 27 ; Henrion et Simonet, n° 84, p. 122 et suivantes.

(2) *Revue Banque*, 1952, p. 374, note X. Marin. Cet auteur mentionne à la *Revue Banque*, 1959, p. 252, un arrêt de la Cour d'Angers du 17 juin 1933, non publié, qui se serait prononcé dans le même sens.

(3) *Revue Banque*, 1959, p. 251. Pour la jurisprudence belge, voir Cass. belge, 7 mai 1953 ; *Revue Banque*, 1954, p. 181, note X. Marin.

(4) Ainsi dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de Montpellier, une demoiselle C... faisait valoir que, propriétaire viticulteur, elle ignorait tout du droit cambiaire. A cet égard, elle était mieux placée qu'un commerçant dont une telle ignorance est difficilement admissible. Ainsi que le note la Cour de Paris « un commerçant si peu instruit soit-il des règles de sa profession, ne peut se prévaloir de son ignorance du droit du change lorsqu'il signe un effet de commerce en l'endossant à une banque ».

traire aux conséquences légales de ses actes (1). Pour qu'une telle ignorance — à la supposer établie — puisse soustraire le fournisseur à son engagement de tireur, il faut qu'elle soit connue du banquier escompteur. Celui-ci commet alors une faute en n'éclairant pas le fournisseur sur la portée de son engagement. Ce silence intentionnel est une réticence constitutive de dol (2). La banque doit alors être punie de son dol, en étant privée de son recours contre le fournisseur abusé. Mais ce dernier doit établir auparavant la mauvaise foi, la tromperie du banquier. Or, en pratique, une telle preuve est presque impossible à rapporter. Le fournisseur aura déjà beaucoup de mal à faire croire à son ignorance du droit cambiaire, il lui sera plus difficile encore de démontrer que le banquier connaissait cette ignorance, car on ne peut accuser celui-ci de mauvaise foi ou de tromperie par cela seul qu'il n'a pas averti le fournisseur du risque légal couru. Les arrêts de la Cour de Paris, de Montpellier et de la Cour de Cassation de Belgique sont particulièrement nets à cet égard : tous constatent que la preuve de la tromperie n'est pas rapportée et qu'elle ne saurait se présumer.

208. — 2° Cependant, les fournisseurs n'invoquent pas uniquement leur ignorance du droit cambiaire, ils soutiennent également s'être mépris sur le sens de l'opération. Ils ne pensaient nullement, disent-ils, participer à une opération d'escompte, mais recevoir un règlement comptant, définitif et irrévocable, le banquier entendant payer au lieu et place de son client tiré. Selon eux, il y aurait erreur sur la nature de la convention, on pourrait même parler « d'erreur obstacle » empêchant toute formation du contrat d'escompte, en raison de l'absence de concordance existant entre les consentements (3).

— En fait, il est difficile d'admettre une telle erreur. Comme le relève très pertinemment la Cour de Paris, « ... la création d'une lettre de change entre un vendeur et un acheteur établit suffisamment qu'il ne peut s'agir d'un règlement

(1) Cass. Civ., 22 février 1943, G.P. 1943, I, 225, D.A. 1943, 49, S. 1943, I, 55 ; voir Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. I, n° 185 ; *Enc. D. Droit Civ.*, V° Erreur, par J. Boulanger, n° 61.

(2) Dans des circonstances analogues, un arrêt de la Chambre civile du 23 novembre 1931 (D.P. 1932, I, 229, note Josserand) parle à ce propos de « mauvaise foi ». Ainsi que l'observe M. J. Boulanger (*Enc. D. D^e Civ.*, V° Erreur, n° 37), il s'agit plus exactement d'une réticence constitutive de dol. Les arrêts de Paris et de Montpellier précités exigent la mauvaise foi et la tromperie de la part du banquier, employant les deux termes comme synonymes.

(3) Cf. Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 195.

comptant ». De plus, comment le fournisseur peut-il croire que la banque a l'intention de payer au lieu et place de son client ? Si elle avait cette intention, elle la réaliserait au moyen d'une ouverture de crédit (Paris, précité). Le fournisseur aurait dû s'interroger sur les raisons de l'émission de la traite, il se serait rendu compte alors de la portée réelle de l'opération.

— Il se peut cependant que des fournisseurs soient abusés par le procédé de l'escompte-fournisseur et croient vraiment recevoir un règlement comptant définitif (1). A supposer que le fournisseur puisse démontrer son erreur, ce qui est bien improbable, la nullité de son engagement cambiaire et celle du contrat d'escompte seraient opposables à la banque de bonne foi (2).

Celle-ci pourrait toutefois soutenir que l'erreur commise par le fournisseur tireur est inexcusable et, qu'en réparation de la faute commise, l'exception d'erreur doit être repoussée et l'engagement cambiaire tenu pour valable (3).

De plus, il convient de souligner le peu d'intérêt d'une telle annulation pour erreur. Si l'engagement cambiaire du tireur est nul, le contrat d'escompte l'est également. Dès lors, le fournisseur est obligé de rembourser au banquier le produit de l'escompte. Pour éviter cet effet normal de toute annulation, le fournisseur doit démontrer que son erreur est due au dol du banquier et que celui-ci doit être puni de sa manœuvre dolosive par la libération définitive du tireur (4). En somme, quel que soit l'argument employé, on en revient toujours à la nécessité pour le fournisseur de prouver la

(1) De nombreux praticiens parlent de la « surprise » qu'aura le fournisseur « de devoir restituer l'argent qu'il croyait bien avoir encaissé définitivement ». Ferrière et de Chillaz, n° 271, p. 247 ; Schlogel, *R. T. D^e Com.*, 1952, p. 607.

(2) Celle-ci ne peut en effet se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions, car vis-à-vis du fournisseur elle n'est pas un tiers porteur. L'exception d'erreur est tirée des rapports personnels qui l'unissaient au fournisseur (Lescot et Roblot, t. I, n° 162, p. 182). Par contre, il en va autrement en matière « d'escompte du tiré », dans lequel le banquier n'entre pas en relation avec le tireur, l'effet lui étant endossé par le tiré lui-même. Si le consentement du tireur a été vicié par l'erreur ou le dol du tiré, il ne peut opposer d'exception au banquier escompteur qui n'a pas agi sciemment à son détriment (art. 121 du C. Com.). Sur la distinction de l'escompte au tiré et de l'escompte fournisseur, voir *infra*, n° 211.

(3) Voir *Traité pratique de Droit civil de Plantiol et Ripert*, t. VI, par P. Esmein, n° 181 ; J. Boulanger, *Enc. D^e Civ.*, V° Erreur, nos 59 et suivants.

(4) Dans l'espèce rapportée à la *Revue Banque*, 1952, p. 374, le fournisseur prétendait d'une part être libéré de tout engagement cambiaire, et, d'autre part, pour éviter la restitution du produit de l'escompte, formulait une demande reconventionnelle en responsabilité contre la banque.

tromperie, la mauvaise foi du banquier, sa connaissance de l'état psychologique du fournisseur. Ce dernier se heurtera aux mêmes difficultés de preuve, à moins de manœuvres dolosives nettement caractérisées. Celles-ci d'ailleurs sont bien improbables. Ou bien le fournisseur aura demandé des éclaircissements sur la nature de l'opération, et la banque ne manquera pas de le renseigner exactement, ou bien le fournisseur n'aura rien demandé, et l'on ne peut présumer la mauvaise foi de la banque par cela seul qu'elle ne l'a pas averti du risque qu'il assumait.

L'escompte-fournisseur ne soulèvera d'ailleurs aucune difficulté si les banquiers utilisent les formules dépourvues d'ambiguïté, qui proposées par tous les praticiens, réservent expressément les recours du banquier et précisent le caractère d'escompte de l'opération (1). Ces clauses ont le double avantage de maintenir à l'encontre du fournisseur, sans discussion possible, le recours cambiaire du banquier, mais aussi son recours de droit commun né du contrat d'escompte, comme nous le verrons plus loin.

209. — Par contre, les droits du banquier sont plus difficiles à apprécier lorsqu'il cède au fournisseur les difficultés financières de son client tiré. Si le fournisseur ne demande aucun renseignement, le banquier n'est en rien responsable de la perte qu'il subit (2). C'est au fournisseur de se renseigner avant d'accepter la modalité de l'escompte-fournisseur. Mais celui-ci peut demander au banquier des précisions sur la situation de son client et subordonner son engagement à l'existence d'une situation financière normale. La position du banquier est délicate ; d'un côté tenu par le secret professionnel, il ne peut révéler la situation obérée de son client, de l'autre, s'il ne la révèle pas, il risque d'être accusé de mauvaise foi. A notre sens, il lui suffit de se retrancher derrière le secret professionnel et de laisser le fournisseur libre d'agir à sa guise (3).

(1) Voir les exemples cités par M. X. Marin à la *Revue Banque*, 1952, p. 376, *in fine* « ... sans préjudice de nos recours contre les signataires de l'effet », « effet escompté sous votre responsabilité... vous restez garant des effets escomptés ». Ces auteurs insistent avec raison sur l'importance de la clause sauf encaissement ou sauf bonne fin qui doit être insérée dans le bordereau remis au fournisseur. Voir *Revue Banque*, 1954, p. 181.

(2) En ce sens, Montpellier, 4 février 1959, *Revue Banque*, 1959, 252 : « Attendu d'autre part que l'appelante ne peut valablement soutenir que la banque X... au prétexte qu'elle connaissait la situation difficile du tiré serait un porteur de mauvaise foi. » Il faut cependant réserver l'hypothèse où le banquier aurait maintenu ou accordé sa confiance à un client qui ne la méritait pas (Trib. Com. Carcassonne, 21 mars 1953, *R. T. D. Com.*, 1955, p. 150, n° 16).

(3) En ce sens, Henrion et Simonet, n° 90, p. 129.

*Sous-section II. — Maintien du recours de droit commun
du banquier escompteur contre le fournisseur*

210. — Ce recours présente un grand intérêt pour le banquier, au cas où le recours cambiaire ne peut plus être exercé. Il lui permet tout de même de demander au remettant le paiement du titre escompté en vertu de la garantie de la bonne fin stipulée expressément (clause sauf bonne fin) ou implicitement lors du contrat d'escompte (1). Or, en matière d'escompte-fournisseur, le banquier risque plus que partout ailleurs de se comporter comme un porteur négligent : il hésitera à faire dresser protêt et à constater officiellement la défaillance de son client, il sera tenté d'accorder à ce dernier des prorogations d'échéance sans l'accord du tireur fournisseur et sera déchu de son recours cambiaire. Il est intéressant pour le banquier de conserver la possibilité de recourir contre le fournisseur sur la base du contrat d'escompte et de la garantie de la bonne fin.

Nous rencontrons ici le même problème que précédemment : le fournisseur peut soutenir qu'il pensait recevoir un paiement comptant et nullement réaliser une opération d'escompte, que son consentement est entâché d'erreur. La solution doit être identique. Il est tout d'abord bien improbable que le fournisseur ait commis une telle erreur ; s'il l'a commise, elle est inopposable au banquier de bonne foi, car elle est inexcusable ; pour que l'annulation présente un intérêt pour le fournisseur, il est toujours nécessaire de démontrer la mauvaise foi, le dol du banquier.

Le fournisseur, à supposer qu'il ne nie pas la réalité de l'opération d'escompte, peut soutenir également, qu'à défaut de stipulation expresse, il ignorait l'existence de la garantie de la bonne fin. L'argument ne peut être retenu, car nous verrons que cette garantie n'a pas besoin d'être stipulée expressément, elle est impliquée par la nature même de l'opération d'escompte : tout remettant à l'escompte, sauf convention contraire expresse, assume implicitement la responsabilité du paiement du titre à l'échéance.

211. — Mais, précisément, le problème est de savoir si le fournisseur a bien la qualité de remettant à l'escompte, ou seulement celle de tireur. C'est là le troisième moyen de défense qu'il peut invoquer pour écarter le recours de droit commun du banquier. Le contrat d'escompte s'est-il formé avec le tireur fournisseur ou bien avec le client tiré ? Il est bien évident que dans ce dernier cas le banquier n'a aucun

(1) Voir *supra*, n° 66, et *infra*, n° 279.

recours contre le fournisseur autre que le recours cambiaire. Il s'agit en somme de distinguer l'escompte au fournisseur de l'escompte au tiré (1).

On a pu relever à cet égard un certain flottement en jurisprudence (2). Certains auteurs semblent retenir comme critère le fait que les agios d'escompte sont supportés par le fournisseur ou par le client tiré (3). C'est là, croyons-nous, attribuer à un arrangement financier, à une modalité de l'opération, une importance juridique trop considérable. Il semble plus juste de se référer au mécanisme cambiaire utilisé (4). L'effet est-il endossé par le tiré, il y a escompte au tiré, le tireur n'est pas partie à l'opération d'escompte. L'effet est-il endossé au banquier par le tireur, il y a sans nul doute escompte au tireur fournisseur, puisque celui-ci accomplit la prestation qui incombe à tout remettant à l'escompte. Il doit en être ainsi, même si c'est le tiré qui remet matériellement l'effet au banquier ; on doit présumer qu'il intervient au nom et pour le compte du tireur fournisseur en simple qualité de mandataire : il ne peut pas jouer le rôle du remettant puisque l'effet ne lui appartient pas.

Toutes les difficultés seront écartées si la banque prend soin d'utiliser les formules préconisées par les praticiens et qui font apparaître le fournisseur comme remettant à l'escompte (5). L'utilisation de la clause sauf encaissement ou sauf bonne fin est ici particulièrement recommandable puisque c'est sur elle que repose le recours de droit commun du banquier escompteur.

Sous-section III. — Le crédit d'escompte-fournisseur

212. — L'escompte-fournisseur est généralement accompli en exécution d'une convention, liant le banquier à son client, et que l'on peut baptiser le crédit d'escompte-fournisseur. Le banquier s'engage envers son client à réaliser des opérations d'escompte envers des tiers (ses fournisseurs) pour des effets qu'il aura acceptés. Les parties fixent évidemment les conditions d'escompte, agios et commissions et le montant maximum de « l'en cours », la longueur du papier... Elles peuvent même établir une liste des fournisseurs dont seuls les effets devront être pris à l'escompte.

(1) Voir sur cette modalité d'escompte *supra*, n° 120.

(2) Paris, 20 février 1952, *Revue Banque*, 1952, p. 374, avec les obs. de M. X. Marin.

(3) Ferronnière et de Chillaz, n° 271, p. 246.

(4) En ce sens, Hamel, t. II, n° 1060, p. 807 ; X. Marin, note à la *Revue Banque*, 1952, p. 374 ; H. Germain-Martin, *Enc. Dalloz, D^e Com.*, V° Escompte, n° 56 ; Petit-Dutaillis, n° 430, p. 287.

(5) Voir *supra*, n° 207, *in fine*.

Vis-à-vis du client, tiré, le crédit d'escompte-fournisseur produit des effets analogues à ceux du crédit d'escompte pur et simple. Le banquier est tenu, aux mêmes conditions, d'exécuter sa promesse, et serait passible de dommages-intérêts s'il refusait d'escompter des effets présentés par les fournisseurs. A l'égard du client, il s'agit d'une promesse de crédit à l'état pur : le banquier s'engage à faire confiance à la signature du tiré ; on ne peut pas parler d'avant-contrat, puisque les opérations d'escompte seront réalisées au profit de tiers.

213. — Engagé vis-à-vis du client, le banquier ne l'est pas vis-à-vis des fournisseurs. Ces derniers ne peuvent exiger l'escompte de leurs effets ou prétendre à des dommages-intérêts au cas de refus du banquier. Ils doivent laisser ce soin au client tiré. Le banquier, en effet, n'a pris à leur égard aucun engagement formel lors de la conclusion du crédit d'escompte, il n'est pas entré dans ses intentions ni dans celles du client de réaliser une véritable stipulation pour autrui. Le client contracte dans son propre intérêt, il n'a pas l'intention de faire naître un droit à l'escompte au profit de ses fournisseurs. De cette observation, il faut conclure que le banquier a la possibilité de révoquer son engagement dès que la « dignité du crédit » s'altère, sans avoir égard aux conventions que son client a pu conclure avec ses fournisseurs.

Si le crédit d'escompte-fournisseur ne crée aucun droit au profit des fournisseurs, il confère cependant à leur demande d'escompte le caractère d'une offre au sens juridique du terme. En effet, ils sont avertis des conditions d'escompte, leur demande revêt donc un degré de précision suffisant pour permettre la formation du contrat d'escompte dès l'acceptation du banquier.

Section II. — L'escompte à forfait

214. — Il est de la nature du contrat d'escompte, avons-nous dit, que le remettant garantisse au banquier le paiement du titre à son échéance. Cette garantie résulte de l'endossement, mais aussi de la clause sauf encaissement. Le banquier est ainsi garanti contre le double risque d'inexistence des droits attachés au titre d'insolvabilité du débiteur du titre. Mais, par une convention expresse, dite de forfait, le banquier escompteur peut prendre à sa charge le risque d'insolvabilité du tiers débiteur du titre. L'escompte à forfait est donc l'opération d'escompte dans laquelle le banquier renonce à son recours en garantie contre le remettant au cas d'insolvabilité des tiers débiteurs du titre.

Ce type d'escompte est employé le plus souvent dans le commerce international des laines et cotons. Le vendeur d'une marchandise tire une traite sur son acheteur et demande à son banquier de l'escompter. Ne connaissant pas la solvabilité de son cocontractant et ne voulant pas supporter l'aléa de son insolvabilité, il demande au banquier escompteur de renoncer à son recours contre lui.

La Commission de réforme du Code de Commerce a admis la possibilité de cette convention, mais ne s'explique pas sur ses modalités, sa nature et ses effets : « ... Une convention spéciale peut prévoir l'escompte à forfait », se borne-t-elle à dire (1). Renvoyant à plus tard l'étude de ses effets (2), nous nous efforcerons de préciser ici les modalités de réalisations de la convention de forfait et sa nature juridique.

Sous-section 1. — Modalités de réalisation de la convention de forfait

215. — Les parties doivent manifester clairement leur volonté de pratiquer un escompte à forfait. La convention de forfait ne saurait être sous-entendue car elle va à l'encontre des effets naturels de l'opération d'escompte (la garantie de la bonne fin) et de l'émission ou de la transmission d'un effet de commerce (garantie cambiaire du tireur ou de l'endosseur).

216. — 1° La convention de forfait peut s'exprimer tout d'abord sous la forme d'une restriction apportée à l'endos, telle que la mention « sans garantie ».

Cette clause a pour effet de mettre l'endosseur à l'abri de tout recours de la part du banquier escompteur (3), mais aussi des porteurs ultérieurs qui ont dû vérifier les mentions apposées sur le titre.

Un tel procédé présente cependant des inconvénients et est peu utilisé.

— Un endos restrictif gêne la circulation de la traite en raison de la suspicion qu'il révèle à l'encontre du tiré.

— De plus, l'escompte à forfait est demandé généralement par le tireur et la mention sans garantie est sans effet

(1) Article premier, troisième alinéa. *Travaux*, t. IV, p. 388.

(2) *Infra*, n° 276.

(3) La mention « sans garantie » apposée sur le titre n'interdit strictement que le recours cambiaire en garantie. Mais il est admis universellement que par une telle clause les parties ont entendu interdire également le recours fondamental.

vis-à-vis des tiers (1). Elle jette inutilement le discrédit sur le titre sans mettre le tireur à l'abri des recours des porteurs ultérieurs.

217. — 2° Aussi les banques préfèrent-elles recourir à une convention extérieure au titre, aux termes de laquelle elles s'engagent à supporter les aléas du non-paiement et renoncent à exercer leur recours contre le remettant. Ce dernier risque de subir le recours des tiers porteurs, mais il peut se retourner contre le banquier escompteur en exécution du contrat d'escompte à forfait. On admet que la simple mention d'une commission spéciale sur le bordereau d'escompte suffit à prouver la convention de forfait (2).

218. — 3° Les parties peuvent parvenir à un résultat analogue au moyen de l'aval du tiré par le banquier escompteur (3).

Le tireur remettant (4) devra veiller à ce que le banquier mentionne le nom du tiré dont il avalise la signature, car « à défaut de cette indication, l'aval est réputé donné pour le tireur » lui-même (art. 130, alinéa 6), et la Cour de Cassation, par un arrêt toutes Chambres réunies du 8 mars 1960 (5), a décidé que cette présomption était irréfragable. Il ne faut pas cependant exagérer la portée de cet arrêt : la prohibition de la preuve contraire se trouve cantonnée aux relations cambiales et n'affecte en rien les engagements fondés sur le droit commun des obligations (6). A défaut d'indication du nom du tiré, il est certain que le remettant tireur sera privé de son recours cambial contre le banquier avaliseur, mais uniquement de son recours cambial ; il pourra recourir contre lui dans les conditions de droit commun, en exécution de la convention de forfait, mais à condition d'en rapporter la preuve. Cette preuve résulte d'ailleurs automatiquement de

(1) Article 115 du C. Com. : « Toute clause par laquelle il (le tireur) s'exonère de la garantie du paiement est réputée non écrite. » Malgré la rigueur de la rédaction, il est admis que la prohibition ne vise que les tiers, et que la clause produit son effet entre les parties immédiates. Escarra et Rault, t. VI, n° 610, p. 435.

(2) H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 34, n° 13 ; Petit-Dutaillis, n° 487, p. 325 ; Escarra, *Manuel*, n° 1382. Voir dans Terrel et Lejeune, p. 440, un exemple des diverses formes d'expression de la volonté des parties.

(3) Escarra et Rault, t. VI, p. 435, note 1.

(4) Lorsque le remettant est un endosseur, peu lui importe que le banquier avalise la signature du tiré ou du tireur. De toutes façons, il pourra exercer à son encontre un recours cambial.

(5) J.C.P., 1960, II, 11616, note de M. R. Roblot.

(6) Voir l'arrêt et la note de M. Roblot précités et la note du même auteur au J. C. P. 1956, II, 9166.

l'aval donné par un banquier escompteur porteur de la lettre. Cet aval ne peut se comprendre que si on le suppose donné pour le compte du tiré afin de garantir le tireur remettant contre l'insolvabilité du tiré. Un aval donné pour le compte du tireur et au profit de tiers porteur serait dénué de sens, puisque le banquier est déjà garant vis-à-vis de ces tiers porteurs du paiement de l'effet en qualité d'endosseur. Dans cette hypothèse, la présomption irréfragable de l'article 130, alinéa 6, va à l'encontre de la réalité telle qu'elle résulte des mentions du titre.

Sous-section II. — Nature juridique de la convention de forfait

I. - DISCUSSION

219. — La nature juridique de la convention de forfait jointe à l'opération d'escompte a été discutée en doctrine.

— Généralement, on y voit une opération de *ducroire* semblable à celle que l'on rencontre dans le contrat de commission (1). Le banquier escompteur se porte garant envers le remettant de la solvabilité du tiré, tout comme le commissionnaire *ducroire* se porte garant envers le commettant de celle de la contrepartie (2).

— Des analyses plus précises ont été proposées. Certains auteurs voient dans cette clause une assurance contre l'insolvabilité du tiré (3). Tous les éléments du contrat d'assurance seraient réunis : la chose assurée (la créance escomptée), la prime (la commission spéciale perçue par le banquier lors de

(1) Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 34, n° 14 ; Petit-Dutaillis, n° 487, p. 325 ; Ardant, *Introduction à l'étude des banques et des opérations de banque*, p. 120 et 156 ; Cauboue, *Monnaie, Crédit, Banque*, p. 130, n° 86 ; Ferrière, n° 261, p. 255.

(2) Certains auteurs semblent assimiler l'opération d'escompte à forfait *dans son ensemble* à une opération de *ducroire*. C'est là, sans aucun doute, une erreur d'analyse ou de rédaction. La convention de *ducroire* implique seulement la garantie par le banquier de la solvabilité du tiré, mais nullement que celui-ci avance par anticipation le montant nominal du titre contre sa transmission en toute propriété. Il y a plus qu'une convention de *ducroire*, il faut bien distinguer l'opération d'escompte et la convention de forfait ; c'est seulement cette dernière qui peut à la rigueur être assimilée à une clause de *ducroire*. La même observation vaut pour l'analyse de la clause en une assurance (voir par exemple l'analyse proposée par MM. Terrel et Lejeune, p. 440).

(3) Boistel, n° 785 ; Lacour et Bouteron, n° 1218 ; Thaller et Percerou, n° 1467 ; Wahl, n° 2017 ; Percerou et Bouteron, t. I, n° 72, p. 60 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 610 ; Terrel et Lejeune, p. 440 et suiv. ; Escarra, *Manuel*, n° 1382. La théorie de l'« assurance » contre l'insolvabilité du tiré n'est d'ailleurs qu'une analyse particulière de la convention de *ducroire*.

l'escompte), le risque (le défaut de paiement à l'échéance), l'indemnité qui consisterait soit dans l'absence de recours du banquier non payé, soit dans le remboursement des sommes que le tiers peut avoir déboursées sur la poursuite d'un tiers porteur. Cette analyse a été vivement critiquée à juste titre(1). Ainsi que l'écrit M. Hémard (2) : « Il ne faut pas voir une assurance partout où un risque est pris en charge par une personne autre que celle à qui normalement il devrait incomber. » Le banquier escompteur accepte le risque de l'insolvabilité du tiré, mais sans avoir pour cela l'intention de jouer le rôle d'un assureur : il renonce à une garantie, mais cette renonciation n'équivaut pas à une assurance, au point de vue juridique.

— D'autres critiques peuvent être adressées à cette construction (3), mais il suffit d'observer que toutes ces analyses, en une convention de ducroire ou en une assurance, si elles correspondent parfaitement à la finalité économique de la convention de forfait, alourdissent inutilement le mécanisme du contrat d'escompte et sont même en contradiction avec sa structure d'opération de crédit basée essentiellement sur l'acquisition d'un droit contre un tiers. C'est le banquier seul, en qualité de créiteur ou d'acqureur, qui peut requérir la garantie de la solvabilité du tiers, mais non le crédité.

Il est plus simple et plus conforme à la nature de l'escompte de voir dans la convention de forfait une *simple renonciation à la garantie du remettant*. L'escompte suppose nécessairement l'acquisition d'un titre par le banquier escompteur ; celui-ci accepte de payer, par anticipation, le montant nominal du titre qui lui est transmis car il a confiance dans la valeur du titre, c'est-à-dire dans la solvabilité du tiers débiteur. Généralement, la seule considération de la valeur du titre n'est pas suffisante pour déterminer le banquier à réaliser cette anticipation. Aussi doit-on supposer que le banquier entend bénéficier de la garantie du remettant : c'est l'objet de la clause sauf encaissement, sous-entendue dans tout escompte et le résultat normal de l'endossement. Mais cette garantie du remettant n'est point de l'essence du contrat d'escompte, mais seulement de sa nature. Le banquier peut y renoncer par une clause expresse et se fier uniquement à la valeur du titre. La convention de forfait n'est pas autre chose que cette renonciation du banquier escompteur à la garantie du remettant. Elle a un aspect purement négatif et non pas positif comme la convention de ducroire ou d'assurance.

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 252 ; Renaud, *op. cit.*, n° 64, p. 75.

(2) Cité par Lescot et Roblot.

(3) Voir Lescot et Roblot, n° 252.

L'escompte à forfait est en somme un escompte ordinaire réduit à ses éléments essentiels, l'élément naturel étant écarté par la convention de forfait. Le banquier escompteur acquiert une créance contre un tiers dont le remettant ne lui garantit pas le paiement ; il supporte tous les risques d'insolvabilité comme un acheteur ordinaire (1), et comme le cédant d'une créance, le remettant ne court plus aucun risque à cet égard.

Mais encore, pour parvenir à ce résultat, il faut tenir compte des règles cambiaires. Lorsque la convention de forfait ne résulte pas d'une clause « sans garantie » apposée sur le titre, ou que cette clause a été apposée par le tireur remettant, celui-ci n'est pas à l'abri des recours des tiers porteurs de l'effet. S'il est obligé de payer, il peut recourir contre le banquier escompteur puisque c'est lui qui supporte les risques de non-paiement de la créance acquise définitivement et sans garantie. Mais ce recours n'est pas la sanction d'une assurance ou d'une convention de ducroire ; il assure l'exécution du contrat d'escompte à forfait.

II. - INTÉRÊT DE LA DISCUSSION

220. — Cette décision semble relever du pur verbalisme puisque ces différentes analyses parviennent au même résultat pratique essentiel, les risques d'insolvabilité du tiré sont supportés par le banquier. Mais, outre que l'analyse juridique n'est jamais dépourvue d'intérêt, les conséquences de ces différentes constructions ne sont pas en tout point semblables. L'intérêt pratique est cependant faible.

a) Si l'on voit dans la convention de forfait une opération de ducroire, on peut soutenir, comme l'ont fait certains auteurs à propos du contrat de commission (2), que le banquier escompteur ne serait plus tenu à garantie et pourrait recourir contre le remettant au cas où le non-paiement serait dû à un cas de force majeure.

Il en est autrement si la convention de forfait est une simple renonciation à la garantie du remettant. Le banquier

(1) Certains auteurs assimilent l'escompte à forfait à un achat pur et simple (Petit-Dutaillis, *op. cit.*, p. 269, n° 399 ; Minervini, *Lo sconto bancario*, n° 28, p. 98). Les deux opérations sont très voisines, mais l'on ne peut les assimiler l'une à l'autre. Dans l'escompte à forfait, il y a toujours une anticipation délibérée et une proportionnalité rigoureuse entre le montant nominal et la somme versée, ce qui le distingue de l'achat. Signalons que les auteurs qui analysent l'escompte en un prêt avec dation pro solvendo du titre voit dans l'escompte à forfait un prêt avec datio pro soluto.

(2) Ripert, n° 2371. Cette solution est discutée.

escompteur, propriétaire du titre, supporte tous les risques de non-paiement, y compris celui qui tient à la force majeure.

b) Si la convention de forfait est une assurance de solvabilité, il faut appliquer les dispositions particulières du contrat d'assurance telles que celles de l'article 21 de la loi du 13 juillet 1930 ; aux termes de cet article, des réticences, changeant ou diminuant l'opinion du risque, annulent la convention passée avec l'assureur : le remettant perdrait le bénéfice de la clause de forfait s'il n'a pas signalé à l'escompteur assureur les faits connus de lui qui rendent improbables la solvabilité du tiré (1).

Au contraire, cette disposition n'a pas à s'appliquer s'il s'agit d'une simple renonciation à la garantie du remettant (2). Ce dernier ne perd le bénéfice du forfait que dans la mesure où son silence équivaut au dol (3).

(1) En ce sens, Thaller et Percerou, A. 1467 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1226 ; Percerou et Bouteron, *La lettre de change*, t. I, n° 72, p. 60.

(2) En ce sens, Lescot et Roblot, t. I, n° 252, *in fine*.

(3) Voir Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. II, n° 226.

DEUXIÈME PARTIE

LE DÉROULEMENT ULTÉRIEUR DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE ET SON DÉNOUEMENT

221. — L'opération d'escompte, comme toute opération de crédit, se déroule dans le temps.

Le banquier paie par anticipation le montant nominal d'un titre négociable (ou d'une simple créance), qui ne lui sera payé que plus tard. Ce paiement, par anticipation, du titre contre sa remise en toute propriété, est le premier acte de l'opération, l'octroi du crédit, c'est le contrat d'escompte dont nous nous sommes efforcés de préciser la nature, les conditions d'existence, de validité, et les modalités de formation et d'exécution.

Le contrat d'escompte, une fois exécuté, développe ses effets dans le temps, jusqu'au dénouement de l'opération de crédit. C'est ce deuxième acte, ce déroulement ultérieur de l'opération d'escompte que nous étudierons désormais.

222. — Le remettant dispose librement des fonds qui lui ont été versés. Le banquier jouit de la même liberté au sujet du titre escompté. Les deniers remis au bénéficiaire de l'escompte sont des objets mobiliers purement passifs, qui ne sont pas doués d'une vie propre. Choses fongibles, divisibles, ils perdent leur individualité dans son patrimoine, il est impossible d'en retracer l'histoire.

Au contraire, le titre transmis en toute propriété au banquier escompteur conserve son individualité, il est possible de suivre sa trace. De plus, représentant une créance contre un ou plusieurs tiers, il est doué d'une vie propre qui se ressent des événements affectant certains de ses débiteurs. La vie de l'effet ne s'arrête pas à l'échéance, elle continue jusqu'au paiement par le débiteur principal, tiré ou souscripteur. L'effet peut remonter ainsi la chaîne des endossements. Pour nous, il est seulement intéressant de suivre son histoire jusqu'à son paiement au banquier escompteur. Peu importe celui des débiteurs qui l'effectue.

Dans un chapitre I, nous étudierons la vie de l'effet escompté.

223. — Le paiement du titre entre les mains du banquier escompteur dénoue l'opération de crédit en déliant les parties de toutes obligations. C'est l'acte principal de la deuxième phase de l'opération d'escompte. Le cercle est fermé, le banquier a avancé des fonds, il les récupère par l'encaissement du titre à son échéance. Simple en apparence, le dénouement

de l'opération soulève de difficiles problèmes juridiques. C'est toujours au moment du paiement que surgissent les difficultés juridiques.

Le dénouement normal et pacifique de l'opération d'escompte résulte du paiement spontané du titre escompté au banquier escompteur. Si les débiteurs du titre refusent de s'acquitter de leur dette, le banquier dispose d'une double série d'actions pour obtenir le paiement.

— Tout d'abord, il peut exercer les actions attachées au titre escompté à l'encontre de ses débiteurs, parmi lesquels figure très souvent le remettant lui-même en qualité de tireur ou d'endosseur.

— Mais, à l'encontre de ce dernier, il peut en outre exercer une action en paiement du titre fondée sur le contrat d'escompte même, le remettant s'étant porté garant, dans les termes du droit commun, de son paiement à l'échéance ou tout au moins de l'existence de l'engagement des tiers.

Ces actions, qu'elles aient leur fondement dans le titre ou dans le contrat d'escompte, tendent à assurer le paiement du titre escompté, c'est-à-dire le dénouement normal, sinon pacifique de l'opération de crédit.

Mais celle-ci peut encore se dénouer d'une façon anormale par la résolution ou la résiliation du contrat d'escompte.

224. — Si un compte courant unit le bénéficiaire de l'escompte et le banquier, le dénouement de l'opération se traduira, le plus souvent, mais sans que ce soit nécessaire, par une écriture en compte courant, sans le moindre déplacement de fonds. Ainsi, le banquier inscrira au débit du remettant sa créance à son encontre, créance cambiaire ou créance de droit commun née du contrat d'escompte. La résolution ou la résiliation se traduisent également par une écriture au débit du remettant. Ces écritures en compte courant portent le nom générique de contrepassation, mais, traduisant les différentes sortes de dénouement, elles recouvrent des réalités juridiques différentes.

Nous étudierons, dans un chapitre II, les différentes sortes de dénouement de l'opération d'escompte et, dans un chapitre III, leur traduction en compte courant.

Dans un chapitre IV, nous examinerons certaines difficultés particulières de dénouement tenant à l'escompte des lettres libellées ou payables en monnaie étrangère, au réescompte des effets, aux warrants et traites documentaires.

Titre I : La vie de l'effet escompté.

Titre II : Le dénouement de l'opération d'escompte en dehors d'un compte courant.

Titre III : Le dénouement de l'opération d'escompte dans le cadre d'un compte courant.

Titre IV : Difficultés particulières de dénouement.

TITRE I

LA VIE DE L'EFFET ESCOMPTÉ

225. — La somme d'argent, remise au client en contrepartie du transfert du titre, se fond avec les autres éléments de son patrimoine sans qu'il soit possible d'en retracer l'histoire. Le bénéficiaire de l'escompte en a la libre disposition. Tout au plus, peut-on signaler l'obligation, plus morale que juridique, d'utiliser les fonds pour les besoins du commerce. Si le client manque à cette obligation et « détourne » les fonds pour des besoins plus frivoles, le banquier peut y voir un juste motif de mettre fin au crédit d'escompte, mais il ne peut demander la résolution des opérations d'escompte en cours. Il faudrait, pour qu'une telle action fût possible, que l'usage des fonds fût prévu d'une façon expresse dans le contrat d'escompte.

226. — Le titre escompté conserve au contraire son individualité dans le patrimoine du banquier. Celui-ci est devenu le porteur légitime et, sous réserve de clauses particulières du contrat d'escompte, il jouit d'une liberté d'action entière, sans autre entrave que le souci commercial de ménager sa clientèle en satisfaisant ses désirs et ses préoccupations légitimes.

Parmi les actes que peut accomplir le banquier, et qui manifestent son droit de disposer du titre escompté, certains sont accomplis dans l'intérêt principal, sinon exclusif, du banquier ; d'autres, au contraire, sont accomplis à la demande du débiteur du titre ou du remettant dans leur propre intérêt, et ont pour objet de repousser dans le temps la date d'exigibilité de l'effet et, par suite, la date du dénouement de l'opération d'escompte.

Représentant une créance sur un ou plusieurs tiers, le titre subit le contre-coup des événements qui altèrent la situation financière de certains de ses débiteurs et compromettent son paiement à l'échéance. Ces événements, indépendants de la volonté des parties au contrat d'escompte, ont

pour effet de rendre exigible le paiement de l'effet et avancent la date du dénouement de l'opération d'escompte.

Il importe donc de retracer la vie de l'effet, puisque les divers événements qui la traversent traduisent les pouvoirs du banquier escompteur sur le titre, ou influent directement sur le dénouement de l'opération d'escompte en reculant ou en avançant la date d'exigibilité du titre.

Nous étudierons, dans un :

Chapitre I : Les actes qui manifestent le droit de propriété du banquier ;

Chapitre II : Les actes qui retardent la date du dénouement de l'opération d'escompte ;

Chapitre III : Les événements qui avancent la date du dénouement de l'opération d'escompte.

CHAPITRE I

LES ACTES QUI MANIFESTENT LE DROIT DE PROPRIÉTÉ DU BANQUIER ESCOMPTEUR SUR LE TITRE ESCOMPTÉ

227. — La maîtrise du banquier escompteur sur le titre escompté se traduit essentiellement par deux actes :

— Le banquier est libre, en principe, de présenter les titres à l'acceptation du tiré.

— Il peut en disposer à son gré, et notamment demander son réescompte auprès d'un autre banquier, ou, plus généralement, auprès de la Banque de France.

Section I. — Présentation à l'acceptation

228. — L'acceptation du tiré n'est pas indispensable pour que la lettre de change soit susceptible d'être escomptée. A défaut de droits cambiaux contre le tiré, le banquier a toujours la possibilité d'exercer l'action sanctionnant la créance constituant la provision. Le droit dont il dispose ainsi à l'encontre d'un tiers suffit pour qu'il y ait escompte (1).

Si le banquier escompteur est libre, sauf cas exceptionnel, de présenter ou non la traite à l'acceptation (2), il a un avantage évident à le faire. Au point de vue de la technique bancaire, la présentation à l'acceptation peut donner lieu à certains incidents révélateurs de la façon dont le client procède au tirage des effets. La banque peut en tirer un enseignement

(1) Sur l'escompte des traites non acceptées, voir Henrion et Simonet, *Les aspects économiques et juridiques du crédit à court terme*, p. 108, n° 71.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 425, p. 467 ; Escarra, *Cours de Droit commercial*, n° 1207 ; Cass. Com., 18 janvier 1955, J. C. P. 1955, II, 8602, note Lescot ; D. 1955, J. 180, note Gore ; *Banque*, 1955, p. 243 ; X. Marin, *R. T. D^e Com.*, 1955, p. 353, n° 2, obs. J. Becqué et Cabrillac.

précieux pour déterminer le crédit mérité par le client. Certaines banques demandent de procéder elles-mêmes à la présentation. Au point de vue juridique, l'acceptation du tiré renforce les droits du banquier, celui-ci bénéficie du principe de l'inopposabilité des exceptions et des rigueurs du droit cambiaire.

229. — Si la présentation à l'acceptation est laissée au pouvoir discrétionnaire du banquier escompteur, comme de tout porteur, la liberté de celui-ci peut subir certaines restrictions, assez rares il est vrai.

— La présentation à l'acceptation est obligatoire pour les traites à un certain délai de vue (elle doit intervenir dans le délai d'un an) ou pour celles dont le tireur (ou un endosseur) a stipulé qu'elles seraient présentées à l'acceptation, en prescrivant généralement un délai maximum. Le signataire qui appose cette mention entend être fixé rapidement sur le sort de l'effet. Si le banquier escompteur ne se conforme pas à cette mention, il est considéré comme porteur négligent et privé de ses recours cambiaires, conformément à l'article 156, alinéa 3 (1). Il dispose seulement de son recours de droit commun en garantie contre son client. Si l'obligation de présenter la traite à l'acceptation est prévue par une clause du contrat d'escompte, le banquier qui manque à son obligation peut être tenu de dommages-intérêts au profit du remettant pour le préjudice qui lui a été causé, mais il ne doit pas être privé de ses recours cambiaires, car l'article 156 assure seulement la sanction des mentions apposées sur le titre.

— A l'inverse, la présentation à l'acceptation peut être interdite par la mention « non acceptable », ou toute autre équivalente, apposée par le tireur sur la lettre. Elle peut résulter également d'une clause particulière du contrat d'escompte, le client ayant demandé à son banquier de ménager la susceptibilité et la quiétude du tiré (2).

— Sans être interdite, la présentation à l'acceptation peut être impossible en fait, ainsi au cas d'escompte de lettre à vue ou « d'effet brûlant » dont l'échéance est très proche. La proximité de l'échéance enlève toute utilité à la présentation : il est plus simple de présenter l'effet au paiement.

(1) Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 426.

(2) Le banquier qui ne respecte pas cette clause et présente tout de même l'effet à l'acceptation, peut être condamné à des dommages-intérêts, et au cas où l'acceptation est refusée, il ne peut invoquer les prérogatives de l'article 147 à l'encontre de l'un quelconque des signataires. Lescot et Roblot, t. I, n° 428.

acceptation au moyen d'un acte séparé, pour biffer ensuite la mention inscrite sur la lettre de change » (1). Par un raisonnement *a contrario*, il est même possible d'y voir un argument décisif en faveur de la solution admise : si le législateur admet exceptionnellement la valeur cambiaire de l'acceptation par acte séparé, c'est que celle-ci est en principe dépourvue d'effet cambiaire (2).

231. — Cette solution est fortement établie en doctrine et en jurisprudence. Il est seulement permis de regretter la solution antérieure. En effet, l'usage d'un acte séparé présentait un double avantage pour le banquier escompteur. Il lui permettait de demander l'acceptation à moindre frais, sans se démunir de la lettre, évitant ainsi le risque de perte ou d'altération. Il permettait, en outre, l'acceptation globale par un même acte, de toute une série de traites. Cette pratique ne lésait en rien le tiré qui, évidemment, ne s'engageait qu'en connaissance du titre accepté.

Il faut bien le reconnaître, la solution actuelle heurte le sens moral. Elle permet au tiré de revenir sur sa parole et de ne se considérer comme engagé que dans les conditions du droit civil, alors qu'au moment de l'acceptation par acte séparé, il avait sans nul doute l'intention de s'engager dans les termes du droit cambiaire.

Cette solution se justifie cependant par le caractère littéral de la lettre de change, document formel, qui doit se suffire à lui-même, sans qu'il soit possible d'en compléter ou d'en modifier le contenu à l'aide de preuves extrinsèques. L'arrêt des Chambres réunies, du 8 mars 1960 (3), qui attribue un caractère irréfragable, même entre parties, à la présomption de l'article 130, alinéa 6, selon lequel l'aval garantit la signature du tireur, fournit un autre exemple du formalisme rigoureux qui s'applique même entre parties immédiates.

Nous ne sommes plus ici en présence du formalisme traditionnel de la lettre de change, qui a seulement pour but de protéger les tiers de bonne foi, en leur permettant de se fier à la seule forme extérieure du titre, et qui est sans effet au regard des parties immédiates ou des tiers, qui ont connu la réalité cachée. Ici, il ne s'agit pas de protéger les tiers, tout au contraire ces derniers auraient un intérêt évident à considérer l'acceptation par acte séparé comme obligeant

(1) J. Becqué et H. Cabrillac, note à la *R. T. D^e Com.*, 1952, p. 372.

(2) Houin, note à la *R. T. D^e Com.*, 1950, p. 247 ; Lescot et Roblot, t. I, n° 453.

(3) *J. C. P.* 1960, II, 11616, note Roblot ; *R. T. D^e Com.*, 1960, p. 366, obs. J. Becqué et Cabrillac.

cambiallement son auteur. La circulation du titre s'en trouverait facilitée. Nous sommes en présence d'un formalisme exclusivement protecteur du débiteur lui-même. Ce débiteur n'est point tenu cambiallement en dehors de l'emploi des formes légales, même si, par ailleurs, il a manifesté la volonté expresse de s'engager selon le droit du change. Il est permis de mettre en doute le bien-fondé de cet aspect du formalisme.

232. — Quoiqu'il en soit, il est définitivement acquis que l'acceptation par acte séparé ne produit aucun effet cambial. Elle n'est cependant pas dépourvue de toute valeur, elle vaut comme une simple promesse de payer, soumise au droit commun des obligations. Mais encore faut-il déterminer la portée exacte de cet engagement de droit commun. C'est sur ce terrain qu'il faut aujourd'hui situer le débat.

Pour déterminer les effets civils de l'acceptation par acte séparé, il faut distinguer selon qu'elle est souscrite au profit du tireur, ou directement au profit du banquier escompteur.

1° Lorsque l'acceptation par acte séparé est donnée au profit du tireur, il est certain que le tiré peut opposer à ce dernier toutes les exceptions dont il bénéficie. Il y a, à cet égard, peu de différence entre cette acceptation et l'acceptation sur le titre (1).

La différence s'accroît lorsque le tireur transmet le bénéfice de cette acceptation « civile » au bénéficiaire de la lettre, le banquier escompteur par exemple. L'acceptation étant dépouillée de tout effet cambial, le banquier escompteur ne peut se prévaloir du principe de l'opposabilité des exceptions. Il n'a pu acquérir plus de droits que n'en avait le tireur, et peut se voir opposer par le tiré toutes les exceptions qui lui étaient opposables : notamment, en cas de défaut de provision, l'engagement du tiré est nul, comme dépourvu de cause (art. 1131 du C. Civ.) (2).

2° Mais il n'en est pas de même lorsque l'acceptation par acte séparé est souscrite au profit du banquier escompteur. Le tiré s'engage directement au profit d'un tiers étranger au rapport qui le lie au tireur, et sur l'invitation de celui-ci. C'est là le mécanisme de la délégation de créance (3). De cet

(1) Cependant le tireur bénéficiaire d'une acceptation par acte séparé ne peut faire dresser protêt, et ne peut invoquer la rigueur de l'échéance (art. 82).

(2) Voir notamment Trib. Com. Troyes, 22 mars 1954, et Paris, 11 février 1956, *Banque*, 1956, p. 447.

(3) On peut reprendre ici, en partie tout au moins, la théorie proposée par Thaller pour expliquer le mécanisme de la lettre de change, en l'appliquant à l'acte séparé.

engagement direct, naît au profit du banquier escompteur un droit direct à l'encontre du tiré, droit qui échappe aux exceptions dont bénéficie le tiré à l'encontre du tireur. Il est, en effet, de doctrine et de jurisprudence constantes, que l'engagement du délégué (tiré) envers le délégataire (banquier escompteur) est un engagement abstrait, le délégué ne pouvant opposer au délégataire le défaut de cause de son engagement ou toute autre exception (1). Ainsi le banquier escompteur ne peut se voir opposer le défaut de provision.

Cependant, le mécanisme de la délégation de créance produit des effets moins complets que ceux engendrés par le principe de l'opposabilité des exceptions, tel que le conçoit le droit cambiaire. Notamment, si le banquier escompteur, titulaire de l'engagement direct du tiré, en transmet le bénéfice à un tiers réescompteur, celui-ci peut se voir opposer toutes les exceptions opposables au banquier escompteur. La purge des exceptions ne joue qu'une fois au profit du bénéficiaire direct de l'acceptation séparée. C'est là une infériorité notable du mécanisme civil par rapport au mécanisme cambiaire. Il serait peut-être possible d'y remédier en demandant au tiré de s'engager au profit du banquier et à son ordre. La clause insérée dans l'acte séparé permettrait à tous les porteurs successifs de bénéficier de l'opposabilité des exceptions.

La théorie de la délégation a été proposée devant la Cour de Paris. L'arrêt du 11 février 1956 (2) semble bien admettre la pertinence de cette argumentation, mais la repousse en fait après avoir constaté que l'acceptation avait été souscrite au profit du tireur et non du banquier escompteur. La question ne semble pas avoir été soulevée devant la Cour de Cassation à l'occasion de l'arrêt du 22 février 1954 (3).

Ainsi, le mécanisme de la délégation permet, dans une certaine mesure, d'atténuer les conséquences du formalisme rigoureux de l'article 124, premier alinéa. Les banques, cependant, agiront prudemment en sollicitant l'acceptation du tiré sur la lettre même. Si le tiré refuse d'accepter, le banquier tire de l'article 147, du Code de Commerce, le droit de demander immédiatement le paiement du titre à tous les autres signataires, y compris le remettant. C'est un des cas de dénouement anticipé de l'opération d'escompte que nous étudierons dans la section III.

(1) Collin et Capitant, par Juliot de la Morandière, *Droit civil*, t. II, n° 555 ; Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. II, n° 1833, 1834 ; Cass. Civ., 24 janvier 1872, D. 73, I, 75, S. 72, I, 31 ; Cass. Civ., 21 mars 1910, S. 1913, I, 241.

(2) *Banque*, 1956, p. 447, note X. Marin.

(3) *Banque*, 1954, p. 244, note X. Marin.

Section II. — Le réescompte

233. — Le banquier escompteur est propriétaire de l'effet, il en dispose à sa guise. Il peut le conserver jusqu'à l'échéance pour procéder lui-même à son encaissement. Il peut le mettre en gage (aval en pension), il peut encore demander à un autre banquier de l'escompter. Cette deuxième opération d'escompte est dénommée réescompte.

Le réescompte est largement pratiqué par les banquiers escompteurs. Ils obtiennent ainsi de nouvelles liquidités qui leur permettent d'accorder de nouveaux crédits et d'augmenter ainsi leurs revenus. L'effet réescompté sert de support à deux opérations de crédit : l'escompte et le réescompte. La position du banquier réescompteur n'en est point affaiblie puisque l'opération qu'il effectue doit être dénouée avant celle effectuée par le banquier escompteur. Tout au contraire, sa position est plus sûre, puisqu'il bénéficie de la garantie de l'escompteur. Cette diminution des risques explique pourquoi le taux de réescompte est inférieur au taux d'escompte. Le banquier escompteur réalise tout de même, de ce fait, un bénéfice correspondant à la différence de taux.

Au point de vue juridique, le réescompte ne se distingue guère de l'escompte et ne soulève aucun problème juridique particulier. Tout au plus doit-on signaler que dans le réescompte, par la force des choses le remettant est toujours un endosseur.

Dans le réescompte, le banquier escompteur est bien remboursé de son avance, mais on ne peut dire que l'opération d'escompte est dénouée. Le banquier garantit, en effet, le paiement du titre au réescompteur et son propre client est tenu envers lui de la même garantie. Les effets de l'opération d'escompte n'ont pas disparu. Celle-ci sera dénouée seulement lorsque les liens qui unissent le banquier escompteur à son client (liens de garantie) seront sans objet, par exemple, après le paiement du titre par le tiré ou un porteur antérieur.

Certaines clauses particulières du contrat d'escompte peuvent restreindre le droit du banquier de présenter l'effet au réescompte. Ainsi, au cas d'escompte en pension, il est obligé de conserver l'effet dans son portefeuille jusqu'à la fin de la pension ; si à cette date le remettant ne reprend pas l'effet, en lui remboursant son montant, il peut alors seulement en disposer librement. Si le banquier escompteur ne respecte pas cette clause restrictive et, soit volontairement, soit par inadvertance, négocie l'effet avant l'expiration de la pension, il engage seulement sa responsabilité (contractuelle) envers le remettant, et doit réparer le dommage causé, mais il ne peut être poursuivi pour abus de confiance, comme dans le cas où il aurait disposé d'un titre remis en gage (aval en pension).

En fait, les restrictions des droits de disposition du banquier résultent moins de règles juridiques, que des circonstances économiques, et notamment des conditions exigées des effets pour qu'ils soient admis au réescompte de la Banque de France. Certes, le banquier peut toujours négocier ses effets auprès des banques privées, mais les conditions du réescompte seront presque toujours, plus élevées que celles pratiquées par la Banque de France.

234. — Nous nous bornons à rappeler brièvement les conditions principales que doivent remplir les effets pour être admis à l'escompte ou au réescompte de la Banque de France. Il s'agit là d'une étude plus technique que juridique (1).

1° L'effet doit porter au moins trois signatures, de personnes notoirement solvables (art. 115 du décret du 31 décembre 1936). Ces signatures sont normalement celles du tireur, du tiré et de l'endosseur. Au cas où la signature du tiré n'aurait pas été encore apposée sur le titre, la Banque de France se charge d'obtenir l'acceptation : si cette acceptation n'est pas donnée, l'effet est rejeté. Une signature peut d'ailleurs être remplacée par une garantie réelle, notamment un nantissement de valeur mobilière admise par la Banque de France (art. 116). Les warrants peuvent également être présentés au réescompte (ou à l'escompte), seulement revêtus de deux signatures, en raison des garanties particulières qu'ils comportent (art. 119). Par contre, la Banque de France exige quatre signatures sur les effets émis en représentation de crédits à moyen terme. Pour ces derniers effets, la Banque doit avoir donné son accord pour leur réescompte.

2° Les effets doivent avoir moins de 90 jours à courir avant leur échéance. Cependant, la banque admet le renouvellement d'effets, émis pour le financement d'opérations commerciales à plus long terme. La banque, toutefois, ne s'engage jamais à réescompter l'effet renouvelé. Le nombre de renouvellements admis est, au surplus, limité.

3° Les effets doivent être libellés en francs français. Pour les effets tirés sur l'étranger, ils doivent porter trois signatures françaises.

4° En principe, les effets doivent être payables sur une place où la Banque de France possède un établissement ou dans une « ville rattachée » où elle procède à ses encaissements. Depuis 1917, elle admet des effets sur d'autres places, dits effets déplacés, ou effets sur écarts, mais à des

(1) En plus du décret du 31 décembre 1936, voir Hamel, t. II, n° 1075 ; Ferrounière et de Chillaz, nos 282, 299, 448 ; Sancier, *Enc. D. D^r Com.*, V° Banque de France.

conditions plus onéreuses (intérêt calculé sur un minimum de 15 jours au lieu de 8, commission d'encaissement) et s'en exonérant de toute responsabilité pour protêt tardif.

5° Les effets ne doivent pas porter des clauses restrictives des droits du porteur telles qu'une demande d'avis d'encaissement, clause non acceptable...

6° Au terme de l'article 123 du décret de 1936 : « La Banque de France doit refuser d'escompter les effets dérivant d'opérations qui paraîtraient contraires à la sûreté de la République ; les effets qui résulteraient d'un commerce prohibé, les effets dits de circulation, créés collusoirement entre les signataires sans cause et valeurs réelles. » Cette dernière proposition ne concerne, de toute évidence, que les effets de pure complaisance, dont il n'était d'ailleurs nul besoin de prescrire l'exclusion. Les articles 6 et 1181 du Code civil suffisent amplement (1).

7° La Banque de France admet au réescompte les effets financiers, mais uniquement dans la mesure où elle a donné son accord pour le réescompte, au moment de l'octroi des concours que ces effets sont destinés à mobiliser.

8° Enfin, le montant total des effets admis au réescompte ne doit pas dépasser le plafond fixé par la banque. Cependant, au cas de difficultés passagères, les banques qui ont atteint leur plafond de réescompte peuvent, dans la limite du 1/10^e de ce plafond, remettre des effets en pension, selon le procédé de l'escompte en pension ou escompte D.

La Banque de France est toujours libre de refuser un effet, même s'il répond aux conditions fixées. La confiance que suppose l'opération d'escompte et de réescompte ne saurait être définie dans des règles strictes. En cette matière, un abus de droit est difficilement concevable.

235. — Sauf cas exceptionnels, le banquier est juridiquement libre de présenter l'effet à l'acceptation, ou d'en demander le réescompte. Sa décision n'est subordonnée à l'assentiment ni du remettant ni des autres signataires du titre. Quelle que soit cette décision, il ne perd pas ses recours éventuels en paiement du titre.

(1) On ne saurait déduire de cette disposition, comme l'ont fait certains auteurs (Mater, *Revue Droit bancaire*, 1931, p. 14), que la banque lorsqu'elle escompte par réescompte un effet de pure complaisance, ne peut se prévaloir de sa bonne foi. Cette thèse est critiquée avec juste raison par MM. Lescot et Roblot, t. II, p. 467, note 1. La banque est tenue par ses statuts d'effectuer des vérifications minutieuses, mais il n'en résulte pas qu'elle soit soustraite au bénéfice des règles du droit cambial et ne puisse invoquer sa bonne foi.

Cette liberté n'est plus aussi absolue lorsque le banquier décide de ne pas respecter les mentions apposées sur le titre, ou d'en modifier le contenu. Pour que le banquier ne perde pas ses recours contre les signataires antérieurs, et que ses actes leur soient opposables, il faut recueillir leur assentiment, et parfois même leur intervention. Ces actes consistent généralement dans une modification de la date d'échéance et ont pour effet de retarder le dénouement de l'opération d'escompte.

CHAPITRE II

LES ACTES QUI RETARDENT LE DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION

236. — Le banquier escompteur a le droit, en principe, de s'en tenir aux mentions du titre, d'exiger le paiement à l'échéance et, au cas de défaillance du débiteur principal, d'exercer ses recours cambiaires. Cependant, le banquier peut déférer à la demande du tiré ou à celle du remettant et consentir à retarder la date d'échéance.

Deux méthodes sont possibles : il peut conserver le même titre, en changeant la date d'échéance, c'est la prorogation d'échéance ; ou bien, il peut consentir à l'établissement d'un nouvel effet, à échéance plus éloignée, qui remplacera le précédent, c'est le renouvellement.

Section I. — La prorogation d'échéance

237. — La prorogation d'échéance consiste dans une rectification matérielle de la date d'échéance primitivement portée sur l'effet. Elle se distingue nettement du délai de grâce octroyé au débiteur de l'effet pour se libérer de sa dette (1). Au cas de prorogation, la vie de l'effet est prolongée, le dénouement de l'opération d'escompte est retardé jusqu'à la nouvelle date d'échéance ; jusque-là aucun recours, ni cambiaire ni de droit commun, n'est ouvert au banquier, car juridiquement on ne peut dire que l'effet est demeuré impayé à la date d'échéance primitivement fixée. Au contraire, dans le cas de délais accordés au débiteur, le défaut de paiement de l'effet est avéré, les recours sont ouverts, l'opération d'escompte est entrée dans la phase de dénouement. Exerçant son recours contre l'un des débiteurs du titre, le banquier lui accorde des délais

(1) Sur la distinction, voir H. Cabrillac, note au J. C. P., 1958, II, 10677.

pour se libérer, cela ne l'empêche pas de poursuivre les autres débiteurs (1).

238. — Le banquier est toujours libre de consentir ou de refuser la prorogation sollicitée par le tiré ou le remettant. Il est exceptionnel qu'une banque s'engage expressément à proroger l'effet, même lorsque cette prorogation a été envisagée lors de l'escompte (2). Elle se réserve toujours le droit de reconsidérer l'opération à chaque prorogation. Le tiré ne peut pas imposer une nouvelle échéance au banquier, en profitant de la remise de la traite à l'acceptation, pour modifier la date fixée par le tireur. Cette modification ne lie en rien le banquier (3), qui, dans ce cas, a le choix entre trois partis : il peut considérer cette acceptation avec changement d'échéance comme un refus d'acceptation (art. 126, dernier alinéa) (4) et exercer immédiatement ses recours cambiaux, après protêt faute d'acceptation (art. 147). L'opération d'escompte se trouvera dénouée prématurément. Cependant, il n'y a là rien de nécessaire, et le banquier peut attendre la date d'échéance primitivement fixée, présenter normalement l'effet au paiement, et, au cas de défaut de paiement, après protêt, exercer tous ses recours contre les divers signataires. Il peut enfin accepter ce changement de date, et ne réclamer le paiement du titre qu'à l'époque indiquée par le tiré. Mais cette bienveillance pour le tiré se révèle pleine de dangers pour le banquier escompteur, s'il ne prend pas le soin de recueillir l'accord des autres signataires de l'effet.

239. — En effet, selon une doctrine unanime (5), la prorogation d'échéance est inopposable aux signataires antérieurs qui

(1) Le délai accordé à l'un des signataires ne profite pas aux autres, car il n'y a aucune représentation des uns par les autres, la solidarité qui les unit étant imparfaite.

(2) Lorsqu'un commerçant mobilise une créance à plus de trois mois d'échéance, à la demande de son banquier, et pour obtenir des conditions d'escompte plus avantageuses, il tire un effet à trois mois afin de permettre son réescompte. Sa prorogation est alors envisagée de trois mois en trois mois, jusqu'au terme de la créance mobilisée. Mais il est rare que la banque s'engage à y consentir, elle agira d'ailleurs prudemment en se réservant expressément la faculté de refuser. Telle est d'ailleurs la pratique de la Banque de France.

(3) Cass. Com., 18 janvier 1955, J. C. P. 1955, II, 8602, note P. Lescot ; D. 1955, J. 188, note F. Goré ; *Revue Banque*, 1955, p. 243, note X. Marin ; R. T. D^t Com., 1955, p. 353, n° 2, obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

(4) Le tiré est cependant tenu cambiairement dans les termes de son acceptation (art. 126, C. Com.). Lescot et Roblot, t. I, n° 445. Le banquier, s'il ne peut obtenir le paiement des autres signataires, peut le poursuivre en paiement du titre à la nouvelle date d'échéance.

(5) Voir les auteurs cités à la note 1 ci-dessus ; Adde Lescot et Roblot, t. I, n° 445.

n'y ont pas consenti. Certes, l'article 2039 du Code civil dispose bien que la prorogation d'échéance ne décharge pas la caution, et le tireur et les endosseurs peuvent être assimilés à des cautions solidaires, mais cet article est inapplicable en la matière. Le formalisme de la lettre de change s'y oppose. Les parties sont tenues uniquement dans la mesure des mentions apposées sur le titre. La présentation de la lettre au paiement à l'échéance fixée, et l'établissement du protêt dans un délai très strict constituent pour le porteur, non une faculté, mais une obligation sanctionnée par la perte du recours du change. De plus, la rectification de la date d'échéance par le banquier ou le tiré constitue une altération de la lettre de change et l'article 178, applicable au billet à ordre, dispose que les signataires antérieurs à l'altération sont tenus dans les termes du texte originaire. C'est dire qu'ils peuvent considérer comme non avenue toute modification d'échéance à laquelle ils n'ont pas consenti. Ils peuvent donc tenir pour négligent et déchu des recours cambiaires le banquier escompteur qui n'a pas présenté l'effet à l'échéance primitivement portée sur le titre, et n'a pas fait dresser protêt au cas de non-paiement. Ainsi donc, le banquier qui a consenti une prorogation d'échéance, sans l'accord des signataires du titre, s'expose à être réduit à son action contre le tiré ou son avaliste (1). Nous verrons que le banquier qui agit sans l'accord du remettant, perd également la possibilité d'intenter son recours de droit commun à l'encontre de celui-ci (2).

240. — L'accord des signataires antérieurs n'a pas besoin d'être porté sur le titre. On serait tenté d'admettre la solution opposée en considérant le formalisme rigoureux dont fait preuve la Cour de Cassation (3). Sauf exception, le débiteur n'est tenu cambiairement que dans la mesure où il s'engage sur le titre. Cependant, un accord par acte séparé équivaut en

(1) L'avaliste du tiré est en effet tenu dans les mêmes termes que le tiré lui-même (art. 130, alinéa 7). Cependant, doctrine et jurisprudence sont divisées. Dans le sens indiqué au texte : Hamel, t. II, n° 1077. Lescot et Roblot, t. I, n° 558 ; Geisenberger, *L'aval des effets de commerce*, n° 172. Cass. Civ., 25 mai 1933, S. 1939, I, 4 ; G.P. 33, II, 183. Cet arrêt se prononce, il est vrai, sur une espèce antérieure au D.L. de 1935. Cependant, l'arrêt de Cass. Com., du 11 juin 1951 (*Bull. Cass.*, 1951, II, p. 143), déclare que l'avaliste ne peut se prévaloir du défaut de protêt pour écarter le recours cambiaire du porteur ; s'il ne peut invoquer la négligence de ce dernier, il demeure tenu, malgré la prorogation d'échéance. Adde. Cass. Civ., 7 février 1934, G.P. 1934, I, 721 ; Paris, 3 novembre 1952, G.P. 1952, II, 413. *Contra* : H. Cabrillac, *J. Cl. Banque* fasc. 35, n° 48, Paris, 6 octobre 1941, G.P. 1941, II, 453. Trib. Com. Seine, 5 novembre 1935, G.P. 1936, I, 27 ; Trib. Com. Marseille, 19 décembre 1955, *Banque*, 1956, p. 722, note X. Marin.

(2) *Infra*, n° 289.

(3) *Supra*, n° 231.

somme à une renonciation à se prévaloir de la négligence du porteur pour défaut de présentation ou défaut de protêt à la date primitive d'échéance. Or, cette renonciation peut être verbale et même tacite.

241. — La prorogation d'échéance consentie par le banquier justifie la perception de nouveaux agios d'escompte, ces derniers, généralement à la charge du tiré ou des souscripteurs du billet à ordre, donnent lieu à une majoration du montant de l'effet.

Au point de vue fiscal, l'administration de l'Enregistrement ne soumet pas à un nouveau droit de timbre l'effet prorogé. Elle considère le changement d'échéance comme une simple rectification matérielle, bien qu'en fait il s'agisse d'une modification fondamentale des conditions du titre. Si les nouveaux agios sont mentionnés sur l'effet sans confusion avec son montant nominal, ils donnent lieu, pour leur montant, à la perception d'un nouveau droit de timbre. Si les agios sont incorporés dans le montant du titre dont le nouveau total est reproduit sur l'effet, l'administration de l'Enregistrement considère qu'il s'agit d'un effet nouveau et perçoit le droit de timbre sur la somme globale indiquée (1).

Section II. — Le renouvellement

242. — Comme la prorogation d'échéance, le renouvellement d'effet a pour but de retarder l'exigibilité du paiement, et, par suite, le dénouement de l'opération d'escompte, mais la méthode varie ; au lieu de rectifier matériellement la date d'échéance, il est procédé à l'établissement d'un nouvel effet qui remplacera le précédent. Evidemment le banquier escompteur est libre, sauf stipulation contraire (2), de refuser ou de consentir le renouvellement de l'effet escompté. Lors de chaque renouvellement, il est en droit d'exiger de nouvelles commissions et de nouveaux agios qui seront incorporés au montant nominal du titre créé.

Le régime juridique de cette pratique s'exprime dans une double idée : le nouvel effet est formellement distinct de

(1) Sur tous ces points, voir Hamel, t. II, n° 1072, et Lescot et Roblot, t. II, n° 1027.

(2) De telles stipulations se rencontrent en matière de mobilisation de crédits bancaires. S'il s'agit du banquier qui a consenti le crédit mobilisé, il est obligé de consentir au renouvellement des effets : son accord résulte implicitement de l'ouverture de crédit ; entre parties, les conventions qui les lient l'emportent sur les mentions apposées sur le titre (voir Ferronnière et de Chillaz, n° 292). S'il s'agit du banquier réescompteur, une stipulation expresse est nécessaire.

l'effet ancien, mais il le remplace et bénéficie des avantages qui y étaient attachés.

243. — 1° L'effet émis en renouvellement de l'effet ancien est un titre cambiaire entièrement nouveau en raison du formalisme accentué de la lettre de change (1), il ne peut obliger que les personnes qui y ont apposé leur signature. Pour que le banquier dispose des mêmes droits que lui conférerait le titre ancien, il faut donc que tous les signataires apposent leur signature sur le nouveau titre. Si l'un d'eux refuse, il n'est pas tenu envers le banquier escompteur en vertu du nouveau titre, mais seulement en vertu de l'ancien (2), et peut, au besoin, se prévaloir de la négligence du banquier si celui-ci ne l'a pas présenté à la date d'échéance, ou s'il n'a pas fait dresser protêt (3).

Aussi, faut-il décider, lorsque le banquier s'est engagé expressément à consentir le renouvellement, qu'il ne s'est engagé que sous la condition que tous les signataires de l'effet ancien s'engagent sur le nouvel effet. Si l'un d'eux n'accepte pas, il peut refuser le renouvellement.

Le titre émis en renouvellement étant entièrement distinct du titre ancien, un nouveau droit de timbre est dû sur son montant.

244. — 2° Cependant, l'indépendance des deux effets n'est pas absolue. L'un est émis en remplacement de l'autre, mais sans entraîner sa disparition et celle des rapports pour le règlement desquels il avait été émis. Sauf volonté clairement exprimée des parties, il n'y a pas de novation. Il s'agit simplement de retarder l'exigibilité d'un effet de commerce : au

(1) Voir *supra*, n° 231. Voir cependant un curieux arrêt (Cass. Civ., 9 mai 1932, S. 1932, I, 222) cité par M. Hamel (t. II, n° 1077, p. 844, note 1), dont il résulte, a contrario, que « si le tireur de l'effet remis en renouvellement n'est pas celui de l'ancien effet, le tireur du premier effet pourra être poursuivi par le jeu des recours au cas du non-paiement du deuxième ». Depuis le décret de 1935, qui a accentué le caractère littéral de la lettre de change et les solutions admises en matière d'acceptation par acte séparé, et en matière d'aval, une telle solution paraît injustifiée.

(2) La création du nouveau titre n'entraîne pas la disparition du titre ancien. Celui-ci conserve sa valeur vis-à-vis des signataires qui refusent de signer le nouveau titre. Vis-à-vis des signataires qui ont consenti au renouvellement, il est privé d'efficacité. Ceux-ci disposent d'une exception pour paralyser l'action du banquier escompteur qui leur en demanderait le paiement (ils seraient cependant tenus vis-à-vis d'un tiers porteur de bonne foi ; aussi ne manqueraient-ils pas d'exiger la remise ou la destruction du titre renouvelé).

(3) Il serait cependant tenu à des dommages-intérêts s'il refuse de signer le titre émis en renouvellement après y avoir formellement consenti (voir Lescot et Roblot, t. I, n° 558).

lieu de modifier seulement la date d'échéance, les parties ont trouvé plus commode de créer un autre effet à une échéance plus lointaine. Dans les rapports des parties, ce deuxième effet prend la place du premier (1) : il y a en somme subrogation réelle. La jurisprudence en a déduit les conséquences suivantes :

— Les sûretés qui garantissaient le premier effet valent de plein droit pour l'effet créé en renouvellement (2). S'il s'agit de sûretés consenties pour garantir le paiement de l'effet (hypothèque consentie par le tireur ou son donneur d'aval...) le principe de la subrogation réelle s'applique sans difficulté ; il correspond parfaitement à la volonté des parties au moment du renouvellement (3). S'il s'agit de sûretés consenties pour garantir le paiement de la créance qui a donné lieu au tirage (privilege du vendeur, hypothèque consentie par le tiré...) la solution de la jurisprudence est ainsi pleinement justifiée. En effet, le nouveau titre est émis pour assurer le règlement de la créance qui avait déjà donné lieu au tirage renouvelé. Cette créance constitue la provision du nouvel effet, et est transmise automatiquement avec toutes ses garanties au banquier escompteur porteur de l'effet.

— Si le banquier était de bonne foi au moment de l'escompte d'un effet de pure complaisance, il continue à pouvoir se prévaloir de sa bonne foi initiale pour les effets émis en renouvellement du premier, même si, à l'époque de ce renouvellement, il connaissait l'existence de la convention de complaisance (4).

Si la prorogation d'échéance et le renouvellement retardent la date du dénouement de l'opération d'escompte et supposent un accord du banquier et des différents signataires du titre, par contre certains événements, indépendants de toute volonté, ouvrent au banquier la possibilité de demander le paiement de l'effet dès avant son échéance. Le dénouement de l'opération d'escompte est ainsi avancé.

(1) Voir *supra* la note 2 de la page précédente.

(2) Cass. Req., 1^{er} février 1876, D. 78, I, 229 ; Cass. Req., 1^{er} juillet 1876, S. 76, I, 149 ; Cass. Req., 18 mai 1898, S. 98, I, 447, et Toulouse, 8 mai 1888, D. 89, II, 208 ; cette jurisprudence est approuvée par la doctrine : Hamel, t. II, n° 1077, et Lescot et Roblot, t. II, n° 616.

(3) Il faut cependant que le signataire qui a consenti les garanties, par exemple un donneur d'aval, consente au renouvellement. Mais, s'il consent, le transfert des garanties s'opère automatiquement sans stipulation expresse.

(4) Cass. Req., 11 mars 1935, G.P. 1935, I, 740, S. 1935, I, 75 ; D.P. 1936, I, 80.

CHAPITRE III

ÉVÉNEMENTS QUI AVANCENT LA DATE DE DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE

Aux hypothèses prévues par l'article 147 du Code de Commerce, les banquiers ont essayé d'assimiler celles de la faillite du remettant.

Section I. — Les hypothèses prévues par l'article 147 du Code de Commerce

245. — L'article 147 prévoit trois événements qui permettent au porteur d'un effet de commerce, et par suite au banquier escompteur, d'exercer les recours du change avant l'échéance de l'effet :

1° S'il y a eu refus total ou partiel d'acceptation ;

2° Dans les cas de faillite du tiré, accepteur ou non, de cessation de ses paiements, même non constatés par un jugement, ou de saisie de ses biens demeurée infructueuse ;

3° Dans le cas de faillite du tireur d'une lettre non acceptable.

Cette possibilité légale offerte au banquier escompteur d'exiger le paiement de la traite escomptée avant son échéance (1) est en parfaite harmonie avec la nature de l'opération d'escompte.

(1) Il s'agit bien d'une possibilité légale et non d'une obligation pour le banquier qui, s'il fait confiance au remettant, peut attendre l'échéance normale de l'effet pour exercer ses recours (Cass. Com., 18 janvier 1955, J.C.P. 1955, II, 8602, note Lescot ; D. 1955, J. 188, note Goré : *R. T. D^e Com.*, 1955, p. 353, n° 2, obs. J. Becqué et H. Cabrillac). Au cas de faillite ou de règlement judiciaire du tiré, le banquier n'est pas tenu de faire dresser protêt (Cass. Com., 4 mars 1957, *Bull.* 1957, III, n° 81. *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 126, n° 5).

— Si l'escompte était un prêt dont le terme coïncide avec la date d'échéance du titre, il y aurait, dans les hypothèses de l'article 147, une discordance entre la date d'exigibilité du titre et celle du prêt. On pourrait même se demander si le terme dont le prêt serait affecté, n'équivaldrait pas à une renonciation implicite du banquier d'invoquer le bénéfice de l'article 147. En toutes hypothèses, le banquier pourrait bien exercer son recours cambiaire contre le remettant, mais il ne pourrait pas exercer l'action de droit commun en remboursement du prêt.

— La construction proposée évite cette « *inelegantia juris* ». L'escompte est une opération de crédit dérivée du contrat de vente ou d'achat. Le banquier paie, par anticipation, le montant nominal du titre, sous certaines déductions, et contre son transfert en toute propriété. Aucune échéance n'est assignée à cette opération. Celle-ci prendra fin par le paiement du titre à la date où il deviendra exigible, c'est-à-dire, normalement, à son échéance, mais, par exception, antérieurement à cette date. En sus des recours cambiaires, le banquier escompteur pourrait donc exercer le recours de droit commun en garantie issu de la clause sauf bonne fin, si ce recours présentait, en l'espèce, quelque utilité. Par cette clause, le remettant s'était porté garant du paiement de l'effet ; la date d'exigibilité de celui-ci se trouve avancée par l'effet de la loi, il doit exécuter son obligation. Les événements énumérés par l'article 147 altèrent la valeur du titre escompté, son paiement et, par suite, la bonne fin de l'opération, sont compromis. L'une des bases de la confiance du banquier est sapée ; il est juste qu'il puisse immédiatement mettre en œuvre les garanties dont il bénéficie.

246. — Le remettant et les autres signataires du titre ont évidemment le droit de demander l'octroi de délais de paiement conformément au dernier alinéa de l'article 147.

S'il entend payer immédiatement, chacun des signataires peut demander la déduction d'un « escompte » du montant nominal de l'effet. Aux termes de l'article 152 du Code de Commerce, cet escompte est calculé d'après le taux d'escompte de la Banque de France, tel qu'il existe à la date du recours au lieu du domicile du porteur. Le remettant ne saurait exiger que le taux appliqué soit, par une sorte de réciprocité, celui pratiqué par le banquier pour l'escompte de l'effet considéré. En effet, le banquier, pour fixer l'agio d'escompte, n'a pas seulement tenu compte du temps à courir avant l'échéance, mais aussi des risques et des difficultés diverses qui pouvaient survenir. Or, l'escompte prévu par l'article 152 est calculé, uniquement, en fonction du temps restant à courir jusqu'à l'échéance ; les risques de non-paiement n'ont pas à être pris

en considération, puisque, en payant l'effet, le remettant n'exécute que son obligation.

Les commissions déduites par le banquier au moment de l'avance lui restent acquises. Elles correspondent en effet à des frais déjà déboursés au moment où le banquier exercera les prérogatives accordées par l'article 147.

Section II. — La faillite du remettant

247. — Les événements susceptibles d'entraîner l'ouverture anticipée des recours du change, sont limitativement énumérés par l'article 147 du Code de Commerce. On ne peut assimiler à ces hypothèses celle de la faillite du remettant. Celle-ci entraîne l'exigibilité du titre escompté et le dénouement de l'opération d'escompte, dans la mesure seulement où elle coïncide avec l'un des cas prévus par l'article 147, par exemple si le remettant est le tireur d'une traite non acceptable, ou le tiré lui-même. En dehors de cette coïncidence assez rare, la faillite du remettant n'autorise pas, par elle-même, le banquier escompteur à exercer ses recours cambiaux contre les divers obligés, ni même le recours de droit commun sanctionnant la garantie de la bonne fin contre le remettant failli.

La solution est certaine pour l'exercice des recours cambiaux. L'obligation du remettant comme endosseur ou tireur est une obligation conditionnelle subordonnée au non-paiement du titre à l'échéance, et non une créance à terme que la faillite rendrait immédiatement exigible, comme l'ont soutenu certains banquiers.

La solution est également certaine pour l'exercice du recours de droit commun en garantie, dans l'analyse de l'escompte que nous avons proposée. La garantie de la bonne fin, comme la garantie cambiale est conditionnelle : le remettant a garanti le paiement de l'effet, il faut donc que celui-ci devienne exigible pour pouvoir exercer le recours sanctionnant cette garantie. Au contraire, selon l'analyse de l'escompte en un prêt garanti par la remise du titre, la faillite du remettant emprunteur entraînerait l'exigibilité immédiate du prêt et la possibilité de produire immédiatement à sa faillite. Cette argumentation, présentée par quelques banquiers, a été repoussée par la Cour de Cassation (1). Une telle conséquence ne se

(1) Cass. 19 et 31 mars 1930, D. 1930, I, 119, S. 1931, I, 130 et 133. La question s'est posée à propos de la contrepassation. Les banquiers cherchaient à étendre les avantages que leur procurait la contrepassation des effets échus et impayés aux effets non encore échus, même s'ils étaient payés à leur échéance. Nous étudierons ce problème plus en détail dans la contrepassation, *infra* n° 336.

produit pas cependant avec l'analyse de l'escompte en un prêt suivi de la *datio pro solvendo* du titre escompté. En effet, le banquier qui a accepté un tel mode de règlement, ne peut le considérer comme non avenu, il est obligé de demander le paiement du titre avant d'exercer l'action attachée à sa créance primitive. L'exercice de cette action fondamentale est subordonné à la condition du défaut de paiement. Il n'est plus possible d'appliquer l'article 475 (444 ancien) prévoyant l'exercice immédiat des actions en paiement des dettes à terme. Les banquiers ont essayé de tourner cette jurisprudence par des clauses appropriées. Le problème de leur validité et de leur efficacité étant étroitement lié à celui de la contrepassation, nous en traiterons à ce sujet (1).

(1) Voir *infra*, n^{os} 387, 388, 407.

TITRE II

DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE EN DEHORS DU CADRE D'UN COMPTE COURANT

248. — Le banquier escompteur a l'obligation de demander le paiement en premier lieu au débiteur principal du titre, tiré ou souscripteur. Il ne peut se retourner directement contre son client. Cette solution est à la fois conforme au contenu du contrat d'escompte et aux règles des effets de commerce. Le remettant n'a pas l'obligation de rembourser l'avance qui lui a été consentie ; par la remise du titre au banquier en contrepartie de l'avance, il s'est libéré de toute obligation principale ; s'il demeure garant du paiement du titre à son échéance, tant en vertu du contrat d'escompte qu'en vertu de l'endossement, cette garantie n'est que subsidiaire. Le banquier a acquis un titre, il doit en demander le paiement conformément à la loi de ce titre, c'est-à-dire le présenter à celui qui apparaît comme débiteur principal. Ce n'est qu'après la présentation au paiement restée infructueuse que le banquier pourra se retourner contre le remettant et contre les tiers garants dans l'ordre qui lui conviendra. Cette obligation n'existerait pas si l'on analysait le contrat d'escompte en un prêt accompagné de la mise en gage du titre. Le banquier serait en droit et aurait même le devoir de poursuivre le remettant en remboursement du prêt, avant d'exercer les droits attachés à la sûreté. Cependant, l'analyse de l'escompte en un prêt accompagné de la *datio pro solvendo* du titre (et non plus de sa mise en gage) évite cet écueil.

249. — Si le titre escompté est payé spontanément à l'échéance par quelque débiteur que ce soit, l'opération se dénoue selon les prévisions des parties ; il n'y aura en principe aucune difficulté. Seul un problème particulier peut surgir au cas d'escompte de titre libellé en monnaie étrangère. Lequel, du banquier ou du remettant, profite de la différence du change ? Nous traiterons cette question dans le chapitre IV.

Nous étudierons ici l'hypothèse où le titre escompté reste impayé à son échéance. Le banquier, pour obtenir le paiement, dispose, nous l'avons vu, d'une double série d'actions, les unes nées du titre, les autres nées du contrat lui-même.

Nous étudierons donc :

Chapitre I : Le dénouement de l'opération d'escompte par l'exercice des actions nées du titre ;

Chapitre II : Le dénouement de l'opération d'escompte par l'exercice des actions en garantie nées du contrat d'escompte ;

Chapitre III : Après ces dénouements normaux, nous étudierons le dénouement accidentel ou anormal dû à la résolution ou à la résiliation du contrat d'escompte.

CHAPITRE I

DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE PAR L'EXERCICE DES ACTIONS ATTACHÉES AU TITRE

250. — Le banquier escompteur est propriétaire du titre ou de la créance escomptée ; en cas de non-paiement à l'échéance, il exerce tous les droits qui y sont attachés, afin de contraindre les débiteurs au paiement. Lorsque l'escompte porte sur des effets de commerce, parmi ces débiteurs du titre figure le remettant lui-même en qualité de tireur endosseur ou même de tiré au cas d'escompte au tiré. Il faut distinguer, croyons-nous, parmi les actions nées du titre, celles dirigées contre les tiers au contrat d'escompte et celles dirigées contre le remettant lui-même. Les premières en effet ne subissent pas, en principe, les effets du contrat d'escompte qui demeure « *res inter alios acta* » et obéissent au statut particulier du titre ou de la créance escomptée. Les secondes, au contraire, subissent l'influence du rapport sous-jacent : le contrat d'escompte. Les parties ont pu aménager le recours cambiaire contre le tireur ou l'endosseur remettant, ou même interdire l'exercice au cas d'escompte à forfait.

Section I. — Les actions nées du titre ou de la créance escomptée à l'encontre des tiers

Sous-section I. — Principes généraux

251. — Il y a peu de choses à dire se rapportant à l'opération d'escompte elle-même. Aux yeux des tiers, le banquier escompteur se présente, ou comme un porteur quelconque d'effet de commerce, ou comme un cessionnaire ordinaire de créance : il en a toutes les obligations et tous les droits. Les actions qu'il peut exercer à leur encontre tirent leurs règles de leur statut particulier, indépendamment du fait que la créance, dont elles assurent la sanction, a ou non fait l'objet d'un escompte.

Tel est le principe qu'il faut poser en la matière. L'étude de ces actions déborde évidemment le cadre de ce travail et l'on doit se contenter d'indiquer brièvement les corollaires du principe énoncé.

252. — a) Vis-à-vis des tiers, le banquier escompteur a les obligations de tout porteur d'effets de commerce et de tout cessionnaire de créance.

— Si le banquier a escompté un effet de commerce, il doit respecter le droit cambiaire et se comporter comme un porteur diligent s'il entend conserver tous ses recours contre tous les signataires de l'effet. Des règles particulières peuvent concerner certains effets de commerce, le banquier escompteur devra en tenir compte (par exemple en matière de warrant) (1).

Toute convention passée avec le remettant qui dispense, par exemple, de faire dresser protêt ou qui l'aurait déchargé de toute responsabilité, est inopposable aux tiers débiteurs de l'effet. Mais, à l'inverse, les tiers ne peuvent pas invoquer à leur profit les conventions stipulées entre banquier et remettant (2).

— Si le banquier a escompté une créance ordinaire, un marché, il doit respecter les conditions particulières de cette créance ou de ce marché. Il peut avoir à appliquer des règles du droit civil, du droit commercial, du droit administratif.

253. — b) A l'encontre des tiers, le banquier escompteur a les droits de tout porteur d'effet de commerce ou de cessionnaire de créance.

Le banquier peut exercer toutes les actions attachées au titre ou à la créance escomptés quels que soient leur nature, leur caractère ou leurs modalités d'exercice, chacune de ces actions obéissant à son régime propre.

Ainsi, le banquier qui a escompté un chèque sans provision peut demander à la juridiction répressive la condamnation du tireur au montant de l'effet, en application de l'article 66 du décret de 1935 (3).

De même, le banquier escompteur peut exercer l'action née de la provision qui lui a été transmise avec l'effet, mais

(1) Pour l'étude de problèmes juridiques particuliers, tenant à l'escompte des warrants de magasins généraux et de traites documentaires, voir *infra* nos 412 et suivants.

(2) Hamel, II, n° 1080 ; Civ. 12 avril 1892, D. 92, I, 284 ; S. 93, I, 263.

(3) Paris, 31 octobre 1953, *Banque* 1953, p. 789 ; R. T. D^e Com., 1954, n° 5, p. 119.

encore faut-il que cette créance du tireur sur le titre soit certaine, liquide et exigible (1).

A cette action née de la provision, le banquier préférera l'action cambiaire toutes les fois que cela sera possible, en raison des nombreux avantages qui s'y attachent : rigueur de l'échéance, solidarité de tous les signataires, inopposabilité des exceptions.

Ce principe de l'inopposabilité des exceptions confère une sécurité remarquable à l'escompte des effets de commerce et des autres titres négociables, sécurité que ne présente pas l'escompte des créances ordinaires. Il justifie dans une certaine mesure la confiance du banquier dans le paiement du titre. Son importance en la matière motive un rappel de ses conditions d'application. Il ne s'agit pas ici d'effectuer une étude du principe de l'inopposabilité des exceptions — c'est un problème purement cambiaire qui n'est pas propre à l'escompte — mais d'indiquer comment le problème se pose à l'égard du banquier escompteur. Nous verrons que la définition de la bonne foi donnée par l'article 121 du Code de Commerce, si souvent critiquée, est en parfaite harmonie avec les besoins du crédit et les nécessités de l'opération d'escompte.

*Sous-section II. — Le jeu du principe de l'inopposabilité
des exceptions au profit du banquier escompteur
La notion de bonne foi*

254. — Aux termes de l'article 121 du Code de Commerce : « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » (2). Certains auteurs voient dans cette règle une application de la théorie de l'apparence (3). D'autres lui assignent un fondement purement pratique (4). Sans prendre partie dans ce débat, il suffit de préciser ici les conditions nécessaires pour que le porteur puisse bénéficier de l'inopposabilité des exceptions. Ces conditions sont au nombre de trois. Nous insisterons sur la dernière, de beaucoup la plus obscure.

(1) Cass. Com., 27 janvier 1954, G.P. 1954, I, 196 ; R. T. D^e Com., 1954, p. 367-2.

(2) L'art. 21 du D.L. du 30 octobre 1935 sur le chèque reproduit l'art. 121 du Code de Commerce.

(3) Lescot et Roblot, t. I, n° 120 ; J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, n° 236.

(4) Friedel, *L'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, n° 69, p. 95.

255. — 1° La première condition a trait aux exceptions invoquées par le débiteur cambiaire. Certaines exceptions sont, en effet, toujours opposables au porteur. Il en est ainsi : des exceptions apparentes révélées par la seule lecture du titre, des exceptions qui reposent sur l'absence totale de consentement (faux (1), abus de pouvoir) ou sur l'incapacité du débiteur, des exceptions tirées de rapports personnels entre le débiteur et le porteur (2).

256. — 2° Le banquier escompteur doit être un porteur légitime suivant le critère de régularité formelle établi par l'article 120 du Code de Commerce : il doit justifier de son droit par une suite ininterrompue d'endossements translatifs et réguliers.

Le banquier escompteur d'une lettre de change doit donc détenir le titre à la suite d'un endossement pour pouvoir se prévaloir de ce principe. L'on sait que la lettre de change ou le billet à ordre peuvent, à la suite d'un endossement en blanc, se transmettre de la main à la main sans nouvel endossement. Mais, conformément à une doctrine particulièrement autorisée, le banquier escompteur qui aurait acquis un effet dans ces conditions peut se voir opposer toutes les exceptions opposables à son remettant. « Si le débiteur cambiaire, écrivent MM. Lescot et Roblot (3), actionné en paiement par le débiteur, réussit à prouver que celui-ci a reçu la lettre par simple tradition d'un précédent porteur contre lequel il disposait d'un moyen de défense, il pourra faire valoir ce même moyen contre le porteur actuel. » Et ces auteurs ajoutent : « Vainement, prétendrait-on, que, circulant de la main à la main, la lettre de change doit bénéficier du statut des titres au porteur auquel s'applique d'ordinaire la règle de l'opposabilité des exceptions » car la lettre de change ne peut être un titre au porteur.

Il en va par contre différemment pour le chèque qui peut être créé ou endossé au porteur.

Il s'agit là, évidemment, d'hypothèses d'école : en pratique, les banques exigent toujours l'endossement du titre, ne serait-ce que pour bénéficier de la garantie cambiaire du remettant.

(1) Voir Lyon, 20 février 1954, *Banque*, 1954, p. 520, note X. Marin.

(2) Consulter sur ce point Lescot et Roblot, t. I, n° 307, et Friedel, n° 72 et suivants.

(3) Lescot et Roblot, t. I, n° 281, p. 307, n° 313, p. 342. Cf. Chauveau, *La législation nouvelle des effets de commerce*, n° 122. En ce sens, Paris, 21 mars 1957, *R. T. D^e Com.*, 1957, p. 978, n° 2, obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

L'endossement devant être translatif en propriété (1), il arrivera fréquemment que le débiteur poursuivra contestera la qualité d'escompteur au banquier en prétendant qu'il détient l'effet à titre de mandataire pour en assurer l'encaissement (2). C'est à ce stade de l'opération que se posera en pratique la question de la preuve du contrat d'escompte (3).

257. — 3° Le banquier escompteur doit être de bonne foi au sens de l'article 121. En acquérant la traite, il ne doit pas avoir « agi sciemment au détriment du débiteur ». La formule est ambiguë, son sens doit être précisé, car la sécurité de certaines opérations d'escompte en dépend.

258. — *La notion de mauvaise foi au sens de l'article 121.*

On sait les difficultés soulevées par cette définition qui a été adoptée à Genève à titre de transaction entre deux systèmes opposés :

— L'un qui, pour rendre l'exception opposable au porteur, exigeait que celui-ci fut coupable d'une fraude à l'encontre du débiteur cambiaire, la mauvaise foi étant assimilée à l'intention de nuire (4).

— L'autre, qui se contentait de la simple connaissance de l'exception au moment de l'acquisition de l'effet (5).

Pour que le porteur soit déclaré de mauvaise foi, il faut et il suffit donc, qu'en acquérant l'effet il ait agi sciemment au détriment du débiteur ou, selon l'exacte périphrase de la doctrine, ait eu conscience de lui causer un préjudice (6).

Si, au moins en théorie, l'intention de causer un dommage se distingue sans peine de la simple conscience du dommage causé, il est par contre plus délicat de déterminer comment la connaissance de l'exception peut se différencier de la conscience du préjudice causé au débiteur.

(1) L'endossement doit correspondre à un transfert réel de propriété du titre, il ne suffit pas qu'il soit de forme translatif. Mais cette forme établit une présomption en faveur du transfert réel de propriété, présomption évidemment susceptible de preuve contraire.

(2) A titre d'exemple, voir une espèce curieuse, Paris, 31 octobre 1953, *R. T. D. Com.*, 1954, p. 119, n° 5, et *Banque*, 1953, p. 789, note X. Marin.

(3) Voir *supra*, n° 76.

(4) Système anglo-saxon soutenu en France par quelques auteurs, Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 130.

(5) Système soutenu par la majorité de la doctrine française et qui est seul en harmonie avec le fondement théorique assigné à l'insopposabilité des exceptions : l'idée d'apparence. Cf. J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, nos 330 et suivants.

(6) La doctrine actuelle s'accorde à définir la mauvaise foi par la conscience du dommage causé au débiteur par l'acquisition de l'effet. Lescot et Roblot, t. I, n° 314 ; note de M. Roblot au J.C.P. 1956, II, 9600.

En effet, si le porteur connaît l'exception, il sait, ou doit savoir, qu'en acquérant la traite il empêchera désormais le débiteur de lui opposer cette exception, ce qui constitue en soi un préjudice. Or, le préjudice causé au débiteur, dont doit avoir conscience le porteur de mauvaise foi, ne doit pas consister uniquement dans le fait que l'exception soit désormais inopposable, sinon la formule de l'article 121 se réduirait à la simple connaissance de cette exception, contrairement à la volonté du législateur.

A propos d'un procès opposant un banquier escompteur au tiré, qui n'avait pas reçu provision, la Cour de Cassation a développé la formule de l'article 121 en ces termes : « Le législateur a réservé le cas où le porteur a eu connaissance, en consentant à l'endossement du titre à son profit, de causer un dommage au débiteur cambiaire par l'impossibilité où il le mettait de se prévaloir vis-à-vis du tireur ou d'un précédent endosseur d'un moyen de défense issu de ses relations avec ces derniers (1). On peut reprocher à cette formule un manque de précision : la conscience du dommage causé n'y est pas assez nettement distinguée de la connaissance des exceptions, « puisque la première paraît résulter, comme une conséquence nécessaire, de ce que l'acquéreur aurait, en connaissance de cause, privé le tiré des exceptions dont il jouissait précédemment » (2).

Il n'est pas certain d'ailleurs que l'inopposabilité résultant automatiquement de la transmission de la lettre cause un dommage au débiteur : il se peut que l'exception ait disparu à l'échéance, ou bien que le débiteur n'ait pas l'intention de l'opposer au porteur.

Le préjudice causé au débiteur n'existera donc que : 1° Si l'exception existe encore à l'échéance ; 2° Si le débiteur avait l'intention de l'opposer à quiconque lui demanderait le paiement. Et la conscience du préjudice causé, nécessaire pour que le porteur soit déclaré de mauvaise foi, suppose, outre la connaissance de l'exception : 1° La certitude de l'existence de l'exception à l'échéance ; 2° La certitude que le débiteur l'invoquera envers quiconque lui demandera le paiement. C'est cette double certitude qui doit servir de critère d'application à la formule finale de l'article 121. C'est uniquement dans cette mesure que le porteur peut avoir conscience de causer un préjudice distinct de celui qui résulte automatiquement de l'endossement.

(1) 26 juin 1956, note Roblot. J.C.P. 1956, II, 9600.

(2) Roblot, commentant une formule analogue du Trib. de la Seine, J.C.P. 1956, 9502.

259. — Il faut encore préciser que c'« est en *acquérant* l'effet que le porteur doit avoir conscience de *causer* un dommage au débiteur cambiaire », d'où les deux conséquences suivantes :

1° La mauvaise foi du porteur doit s'apprécier au moment de l'endossement (1). « *Mala fides superveniens non nocet.* »

2° Le préjudice doit résulter de cette acquisition et non pas d'une acquisition antérieure, autrement dit, le porteur ne doit pas tenir le titre d'un endosseur de bonne foi auquel l'exception était déjà inopposable (2).

En effet, celui qui acquiert une traite d'un tel endosseur ne peut en aucun cas causer un préjudice au débiteur cambiaire, et par conséquent en avoir conscience, puisque celui-ci était déjà privé d'opposer son exception à cet endosseur et que le préjudice était déjà réalisé (3).

L'endosseur étant de bonne foi, avait acquis un droit direct contre le débiteur cambiaire, il serait choquant de l'empêcher de négocier ce droit au moyen d'un escompte en affaiblissant la situation du banquier escompteur. Celui-ci, même s'il connaît le préjudice subi par le débiteur, n'agit pas à son détriment, il ne fait qu'avancer à son endosseur le montant d'une créance incontestable.

Cette interprétation nous paraît seule correspondre non seulement à la lettre et à l'esprit de l'article 121, mais encore aux nécessités du crédit en conférant à certaines opérations d'escompte, nécessaires à l'économie, une sécurité indispensable.

— *La preuve de la mauvaise foi du banquier escompteur, application de l'article 121 à l'escompte.*

260. — C'est le débiteur cambiaire qui a la charge de la preuve de la mauvaise foi du banquier escompteur : ce dernier est présumé de bonne foi. Cette preuve de l'état psychologique du banquier peut se faire par tous moyens et notamment par présomption laissée à l'appréciation des juges du fait.

(1) La solution ne fait aucun doute. Lescot et Roblot, I, n° 315.

(2) La formule de l'arrêt du 26 juin 1956 ne laisse aucun doute à cet égard. La Cour de Cassation définit le préjudice causé par l'impossibilité où le porteur mettait le tiers de se prévaloir vis-à-vis du tireur ou d'un précédent endosseur, d'un moyen de défense issu de ses relations avec ces derniers. Si le débiteur était déjà dans l'impossibilité d'opposer son exception au précédent porteur, le nouvel endossement ne saurait créer cette impossibilité.

(3) On peut évoquer, à l'appui de cette solution, celle qui est donnée en matière de dépossession involontaire de la lettre de change. *Supra*, n° 140. Compte rendu de la conférence de Genève, p. 132, n° 44.

En théorie, la preuve que le banquier a agi sciemment au détriment du débiteur suppose de la part de ce dernier une triple démonstration. Il faut établir :

1° Que le banquier escompteur connaissait l'existence de l'exception lors de l'escompte ;

2° Qu'il savait que cette exception existerait toujours à l'échéance ;

3° Qu'il savait que le débiteur avait l'intention de l'opposer à quiconque lui demanderait le paiement.

En pratique, il arrive souvent que le premier élément une fois établi fasse présumer les deux autres, ou que les deux premiers rendent inutile la démonstration du troisième. Tout dépend des circonstances de la cause, et notamment de la nature de l'exception.

261. — 1° Dans de nombreuses hypothèses, de la simple connaissance du vice par le banquier escompteur, le juge pourra induire sa conscience du préjudice causé au débiteur, parce qu'il paraît impossible que l'escompteur ait pu croire que l'exception n'existerait pas à l'échéance et que le débiteur ne ferait pas valoir cette exception pour se libérer. La connaissance de l'exception et la conscience du préjudice se trouvent confondus sur le plan de la preuve (1). La première fait présumer la seconde.

« Il en est ainsi dans tous les cas où le débiteur aura été victime d'une manœuvre frauduleuse, en particulier si son consentement a été surpris ou dérobé par dol, violence » (2), ou même lorsqu'une convention particulière affecte ses rapports avec un précédent porteur, généralement le tireur (3).

L'escompte des traites dites « de garantie » et l'espèce sur laquelle s'est prononcée la Cour de Montpellier le 4 mai 1960 (4), illustrent cette observation. L'agent d'un fabricant de tracteurs avait reçu en dépôt un tracteur en vue d'en faire la démonstration et de susciter des commandes. Il avait accepté purement et simplement une « traite de garantie » d'un montant égal au prix du tracteur, traite qui avait seulement pour but de mettre le fabricant à l'abri d'une infidélité de son agent et qui ne « devait pas être mise en recouvrement », stipulait le contrat (5). Malgré ce, elle fut escomptée ; la simple connais-

(1) H. Cabrillac et J. Becqué, *R. T. D^t Com.*, 1957, p. 147, n° 2. Roblot, note au J.C.P., 1956, t. I, 9502 et 9600.

(2) Friedel, n° 106, p. 157.

(3) Voir l'exemple cité par Friedel, p. 156.

(4) Arrêt inédit.

(5) Cette clause existe dans tous les tirages « de garantie », d'une façon expresse ou sous-entendue. L'escompte de ces traites est dangereuse car la seule connaissance de la situation (et celle-ci peut être facilement présumée) se confond avec la connaissance du préjudice.

sance des conventions intervenues entre tireur et tiré aurait suffi à faire déclarer le banquier de mauvaise foi, car il était certain, dès l'origine, que le tiré opposerait l'exception puisqu'il était convenu que la traite ne serait pas mise en recouvrement.

262. — 2° Mais, parfois, la connaissance de l'exception au jour de l'escompte ne fait point présumer que le banquier savait que cette exception existerait toujours à l'échéance, et l'on ne peut dire alors qu'il a agi sciemment au détriment du débiteur ; le premier élément ne fait pas présumer le second. Ainsi, lorsque le vice allégué par le débiteur (tiré) consiste dans un défaut de provision, les nécessités du crédit imposent d'exiger du débiteur la preuve que le banquier escompteur savait, dès l'escompte, que la provision n'existerait pas à l'échéance.

A plusieurs reprises la jurisprudence (1) a admis que la simple connaissance par le banquier du défaut de provision de la lettre de change n'est pas à elle seule démonstrative de sa mauvaise foi, et elle a demandé au débiteur de prouver (par expertise, il est vrai) que la banque savait « que lorsqu'elle exigerait le paiement de l'effet, elle se trouverait contraindre le débiteur de la traite à verser des fonds pour une marchandise que la société (tireur)... en raison des circonstances de fait d'elle connues, ne livrerait pas » (2), ou plus simplement que la banque « savait que les traites acceptées, remises à l'escompte par G... (tireur) ne seraient pas provisionnées par lui à bonne date » (3).

Cette jurisprudence doit être vigoureusement approuvée. Elle correspond au statut de la lettre de change et surtout à la pratique courante de l'escompte.

S'il est certain que le défaut de provision peut être opposé par le tiré au tireur, aux termes de l'article 116, la provision peut n'exister qu'à l'échéance, et bien des traites sont émises « à la commande » ou en « règlement d'acompte », bien avant que le tiré accepteur n'ait reçu provision. Ces traites sont escomptées en connaissance de cause par le banquier. Le produit de l'escompte sert même le plus souvent à procurer au tireur les fonds dont il a besoin pour fournir au tiré les

(1) Trib. Com. Seine, 26 janvier 1956, J.C.P. 1956, II, 9502, note Roblot ; *R. T. D^e Com.*, 1956, p. 478, obs. H. Cabrillac et J. Becqué. Paris, 10 octobre 1956, D. 1957, 366. Paris, 2 février 1957, D. 1957, Som. 75 ; G.P. 1957, I, 273 ; *R. T. D^e Com.*, 1957, p. 415, obs. H. Cabrillac et J. Becqué.

(2) Dijon, 23 décembre 1952, voir l'arrêt de rejet du pourvoi formé contre cet arrêt. Cass. Com., 26 juin 1956, J.C.P. 1956, II, 9600, note Roblot. G.P. 1956, II, 331 ; *R. T. D^e Com.*, 1957, p. 147, obs. H. Cabrillac et J. Becqué.

(3) Paris, 4 juillet 1957, D. 1958, p. 156, note Houlin.

prestations qui ont motivé le tirage de la traite. Le banquier escompteur participe au financement de l'opération, mais on ne peut pas dire qu'il agit sciemment au détriment du tiré en acquérant la traite. Admettre que la simple connaissance du défaut de provision au moment de l'escompte implique nécessairement la conscience du préjudice causé au débiteur et prive le banquier du bénéfice de l'inopposabilité des exceptions, serait interdire en fait de telles opérations de crédit nécessaires à l'économie.

Pour être déclaré de mauvaise foi, le banquier ne doit pas avoir à l'esprit la simple éventualité du défaut de provision à l'échéance ; cette éventualité, ce risque, existent toujours dans la plupart des escomptes et la conscience du préjudice se confondrait avec la connaissance de l'exception. Il doit avoir une certitude (1) : le préjudice dont il doit avoir conscience doit être certain, et non pas seulement éventuel. Selon nous, plus l'escompte est proche de l'acceptation de la traite (et a fortiori si elle lui est postérieure), plus les juges du fait doivent se montrer sévères pour l'appréciation de cette certitude du défaut de provision. Le banquier, en effet, est dispensé de toutes recherches sur la cause du tirage de l'effet ; l'accepteur au contraire a dû, en commerçant, avisé, se renseigner sur la situation du tireur avant d'avoir accepté à découvert. L'escompteur n'a pas à se montrer plus prudent et moins confiant que le tiré lui-même. Ce n'est là que l'application de l'article 116 : l'acceptation suppose la provision.

263. — 3° Lorsque le papier escompté a été émis à l'occasion d'une vente de marchandise ou en paiement de travaux, si le débiteur démontre que le banquier savait, lors de l'escompte, que la provision ne serait jamais fournie à l'échéance, il est inutile de rapporter la preuve du troisième élément de la mauvaise foi du banquier : la conscience que le débiteur opposerait cette exception à quiconque lui demanderait le paiement. Le banquier sachant que les marchandises ne seraient jamais fournies ou les travaux jamais exécutés, ne pouvait pas ignorer que le débiteur essaierait de se libérer en opposant l'exception. Les deux premiers éléments font présumer la troisième.

Encore faudrait-il, selon nous, démontrer que le banquier savait que le papier avait été émis à l'occasion d'une vente de marchandise ou d'une fourniture de travaux.

(1) Paris, 2 février 1957, G.P. 1957, I, 273. Le banquier escompteur doit « savoir pertinemment » que le tireur ne fournira pas provision à l'échéance. « En l'absence de toute certitude contraire, on doit présumer que le tireur fournira la provision à l'échéance. » Il s'agissait en l'espèce d'un effet financier, le tiré ayant accepté sur la promesse du tireur de « faire les fonds à l'échéance ».

Dans d'autres circonstances, en effet, la preuve que le banquier savait que l'effet ne serait pas provisionné en temps utile, ne suffit pas pour le faire déclarer de mauvaise foi. Il faudrait en outre démontrer que le banquier savait, ou ne pouvait pas ignorer que le débiteur avait l'intention d'opposer l'exception à *quiconque* lui demanderait le paiement, et notamment à lui-même.

Le banquier, en effet, a pu croire que le débiteur entendait cautionner le tireur ou le remettant, pour lui permettre d'obtenir des fonds par l'escompte et qu'il ne manquerait pas d'honorer sa signature à l'échéance (1). Il appartient au débiteur de démontrer le contraire. Il en sera ainsi dans l'hypothèse pratique suivante. Il arrive fréquemment que le tiré accepteur n'ait reçu les marchandises qu'en dépôt en vue de la vente. Si la marchandise a une grande valeur, le déposant subit une immobilisation de capitaux considérable, aussi demande-t-il au dépositaire d'accepter une traite qui, par l'escompte, lui permettra de mobiliser son capital.

Cette traite est dépourvue de provision au sens de l'article 116, puisque le dépositaire est débiteur d'un corps certain, et non pas d'une créance liquide et exigible. Il peut opposer cette exception au tireur qui lui demanderait le paiement, mais, selon nous, il ne peut l'opposer au banquier qui aurait escompté cette traite en sachant que les marchandises étaient seulement remises en dépôt. On doit présumer que le tiré a donné sa signature pour permettre au déposant de se procurer des fonds par l'escompte, et rien ne permet de supposer qu'il n'a pas entendu honorer sa signature.

Ici, pour que l'exception soit opposable au banquier escompteur, il faudra que le débiteur démontre, non seulement que le banquier connaissait la situation, savait qu'elle se perpétuerait jusqu'à l'échéance, mais encore, qu'en raison des circonstances de fait particulières, il ne pouvait pas ignorer que le débiteur lui opposerait cette exception. C'est uniquement dans cette mesure que le banquier peut agir sciemment au détriment du débiteur.

Il en sera de même pour tous les escomptes d'effets financiers, et notamment les effets de cautionnements. Il faut présumer qu'ils ont une cause légitime. Les deux premiers éléments de la mauvaise foi ne font pas ici présumer le troisième, et une démonstration particulière s'impose. Les difficultés de preuve seront considérables. Cette solution est peut-être sévère pour le tiré accepteur, mais elle nous paraît

(1) Cass., 3 novembre 1932, G.P. 1933, 140 ; S. 1933, I, 149. Alger, 8 février 1955, *Revue Banque*, 56, p. 40, note X. Marin. A contrario, Cass. Com., 17 février 1959, *Bull. Cass.*, 1953, III, 77, et Cass. Com., 11 mars 1959, *Bull. Cass.*, 1959, III, 122.

nécessaire. Celui qui accepte une lettre de change sait qu'il s'expose à la payer et on ne doit pas l'autoriser à opposer une exception qui existait déjà ou qui était prévisible au moment de son acceptation ; celle-ci équivaut à une renonciation tacite à l'opposer au banquier escompteur. Par cette acceptation, le tiré va permettre au tireur de négocier cet effet, il participe ainsi à l'opération de crédit. Le banquier était en droit de compter sur sa signature.

264. — Comment, en fait, le débiteur démontrera-t-il que le banquier avait la certitude que l'exception existerait encore au jour de l'échéance et serait opposée à quiconque demanderait le paiement ?

Il s'agit là évidemment d'une question de fait. La preuve directe sera très difficile à rapporter (surtout pour le troisième élément). Le débiteur invoquera généralement des présomptions tirées des relations du tireur avec la banque. Ces présomptions sont laissées évidemment à l'appréciation souveraine des juges du fait (1), ce qui rend impossible toute synthèse de jurisprudence. On ne peut citer que des exemples.

— Ainsi, la connaissance de l'imminence du dépôt de bilan par le tireur équivaut à la certitude que la traite ne sera jamais provisionnée. Mais « l'existence d'un important découvert du tireur à la banque escompteuse est insuffisante pour prouver que celle-ci connaissait l'imminence du dépôt de bilan (2).

— Si le banquier escompteur était membre du Conseil d'Administration de la société qui a émis la traite, il devrait savoir que cette société cesserait son activité et ne pourrait jamais livrer les marchandises promises (3). Mais ce sont là des solutions d'espèce que l'on ne peut généraliser. Toutefois, deux observations générales peuvent être formulées :

265. — 1° S'il appartient au débiteur de rapporter la preuve de la mauvaise foi du banquier, il n'est point interdit au juge, lorsqu'il s'estime insuffisamment éclairé sur les faits invoqués pour justifier le refus de paiement, d'ordonner une mesure d'instruction en vue d'établir l'exactitude de ces faits. Mais les juges du fait ne peuvent avoir recours à une expertise que

(1) Cass. Req., 2 avril 1901, D. 1901, I, 263 ; Cas. Req., 19 octobre 1938, G.P. 1938, II, 897 ; Cass. Req., 29 avril 1947, J.C.P. 1947, II, note Lescot.

(2) Paris, 4 juillet 1957, D. 1958, J. p. 156, note Houin ; voir également Cass. Com., 7 octobre 1958, *Bull. Civ.*, 1958, III, 331. *R. T. D^e Com.*, 1959, p. 460, n° 2.

(3) Cass., 6 novembre 1957, *Bull. Civ.*, 1957, III, n° 299 ; *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 353, n° 2 *in fine*, obs. H. Cabrillac et J. Becqué.

dans la mesure où le tiré invoque des faits de nature, s'ils étaient établis, à démontrer la mauvaise foi du banquier (1).

266. — 2° Il ne saurait suffire au débiteur d'invoquer la faute professionnelle commise par la banque en escomptant l'effet. Fréquemment le tiré reproche au banquier d'avoir escompté une traite à la légère, alors que des recherches, même superficielles, lui auraient révélé l'existence de l'exception, et par là le préjudice qu'il lui causait en acquérant la traite. Et il identifie cette faute à la mauvaise foi. Une telle argumentation doit être repoussée :

a) En effet, d'abord le banquier n'est tenu à aucune recherche concernant le rapport unissant le débiteur au précédent porteur (2). C'est le but même du principe de l'inopposabilité des exceptions de dispenser le porteur de telles recherches en lui permettant de se fier à l'apparence formelle du titre. Si les banques ont l'habitude de procéder à des vérifications, il s'agit là d'une règle interne de prudence ; il n'y a là aucune obligation légale et sa violation n'est pas constitutive d'une faute à l'encontre du débiteur. Ainsi, on ne saurait reprocher au banquier escompteur d'avoir escompté des traites, dès leur émission, sans s'être fait remettre le contrat qui a donné lieu à la création de l'effet ou des factures (3).

b) Au surplus, la négligence ou l'imprudence constitutives d'une faute lourde au point de vue professionnel, ne peuvent suffire à faire déclarer le banquier de mauvaise foi (4). L'adverbe « sciemment », utilisé par l'article 121, ne laisse aucun doute à cet égard : il faut une prise de conscience dépourvue d'ambiguïté, ce qui est exclusif de faute non intentionnelle.

Cependant les faits qui, sur le plan technique et professionnel constitueraient une faute lourde, peuvent être retenus par le juge à titre de présomption établissant la preuve de la

(1) G.P. 1956, II, p. 331, 2^e espèce. Voir, sur la question, la note de M. Roblot au J.C.P. 1956, II, 9600, sous Cass. Com., 26 juin 1956. Dans le même sens, Paris, 2 février 1957, G.P. 1957, I, 273, et Montpellier, 4 mai 1960 (inédit).

(2) Civ., 11 mars 1935, S. 1935, I, 75 ; G.P. 1935, I, 740. En ce sens. Escarra et Rault, t. VI, n° 617 ; Hamel, t. II, n° 1043.

(3) Paris, 4 juillet 1957, p. 156, note Houin. Voir Cass., 6 novembre 1957 ; *Bull. Civ.*, 1957, III, n° 298.

(4) Lescot et Roblot, t. I, n° 314, p. 344 et *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 353, n° 2. Friedel, n° 108, p. 159. H. Cabrillac et Becqué, *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 353, n° 2. J. Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence*, n° 339, p. 269. Les rares décisions en sens contraire sont motivées par des questions d'espèces tout à fait originales. Notamment : Ch. Req. du 29 avril 1947, J.C.P. 1947, II, 3602, note Lescot. Voir sur cet arrêt les obs. de M. Friedel, p. 161.

mauvaise foi (1). La faute technique serait si grossière que l'on ne peut admettre que le banquier l'ait commise involontairement (2). Mais ce n'est là qu'une présomption susceptible de preuve contraire, la faute, même lourde, n'est pas exclusive de la bonne foi (3).

267. — Toute en nuances, la formule de l'article 121 mérite d'être approuvée. Si on a pu lui reprocher de ne reposer sur aucun fondement théorique (4), elle réalise un judicieux équilibre entre la justice et les nécessités du crédit. En ne permettant pas au banquier de causer sciemment un préjudice au débiteur cambiaire, elle sacrifie à la morale la plus élémentaire, mais, en n'exigeant pas davantage, elle permet des opérations d'escompte nécessaires à l'économie.

268. — Si le principe de l'inopposabilité des exceptions s'applique à la transmission des titres au porteur et des titres à ordre, autres que des effets de commerce, nous ne trouvons pas de texte analogue à l'article 121 *in fine*. La mauvaise foi du banquier consistera dans la simple connaissance de l'exception, sans que le débiteur du titre ait à prouver qu'il a agi sciemment à son détriment. Mais le titre au porteur circulant de la main à la main, par simple tradition, sans que le titre porte trace des différentes transmissions, il sera plus difficile de démontrer que le banquier connaissait les exceptions opposables à de précédents porteurs.

269. — L'escompte des créances ordinaires, non incorporées dans un titre, peut s'accomplir par le *mécanisme de la cession de créance*, telle que la prévoit le Code civil. Le banquier avance le montant de la créance contre sa cession en toute propriété. Mais le principe de l'inopposabilité des exceptions ne joue pas en matière de cession de créance. Le cessionnaire (banquier escompteur) peut se voir opposer toutes les exceptions opposables au titulaire antérieur, serait-il de bonne foi, en vertu du principe civiliste que nul ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a. Cet inconvénient explique que l'escompte des créances par leur cession ne soit guère pratique, même dans les pays qui en ont admis expressément la possibilité.

Lorsque l'émission d'une lettre de change ou d'un billet à ordre n'est pas possible, le banquier, de préférence à la cession de créance, recourra au mécanisme plus compliqué de

(1) J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 272, note 2.

(2) Voir par exemple : Bordeaux, 25 juillet 1935, G.P. 1935, II, 490.

(3) Cass. Civ., 19 mars 1902, D.P. 1903, I, 148 ; S. 1902, I, 209, note Lyon-Caen.

(4) J. Calais-Auloy, *op. cit.*, n° 336, p. 267 ; Friedel, thèse citée.

la *délégation imparfaite*. Le délégué s'engageant expressément envers le délégataire (banquier escompteur), ne peut opposer à ce dernier les exceptions qu'il pouvait opposer au déléguant. La doctrine s'accorde à voir dans cet engagement du délégué un engagement abstrait. Nous pensons que le banquier escompteur ne peut être privé du bénéfice de l'opposition des exceptions qu'au cas de fraude, en vertu de l'adage : « *Fraus omnia corrumpit*. » La connaissance de l'exception, et même la conscience du préjudice causé sont insuffisants. Mais il est vrai que l'on passe insensiblement de la conscience du préjudice à la fraude.

Section II. — Actions nées du titre à l'encontre du remettant

270. — L'action cambiaire dont dispose le banquier escompteur à l'encontre du remettant, est généralement l'action en garantie qui appartient à tout porteur à l'encontre du tireur ou de l'endosseur, suivant que le remettant revêt l'une ou l'autre qualité. Au cas d'escompte au tiré, le banquier peut disposer, outre de l'action cambiaire, de l'action de la provision qui lui a été transmise avec la lettre.

Ces actions, nées du titre ou transmises avec le titre, obéissent, comme celles dirigées contre les tiers signataires, à leur régime propre, indépendamment du fait qu'il y ait ou non escompte. Les droits et les obligations du banquier escompteur sont régis par le droit du change pour l'action cambiaire, par le droit commun, droit civil ou commercial, pour l'action de la provision.

Si le principe est identique pour les actions nées du titre à l'encontre des tiers, et celles à l'encontre du remettant, pour ces dernières, toutefois, des stipulations particulières peuvent intervenir entre le banquier escompteur et le remettant, stipulations qui ont pour effet de modifier leurs droits et leurs obligations réciproques, tels qu'ils étaient déterminés par le législateur.

A vrai dire, ces stipulations ne sont pas particulières à l'escompte et peuvent se rencontrer à propos de n'importe quelle transmission d'effets de commerce, mais elles sont employées fréquemment par le banquier escompteur ; c'est pour cette raison que nous les étudierons brièvement ici.

Ces stipulations ont pour effet :

— Soit d'alléger les obligations du banquier ;

— Soit d'alléger les obligations du remettant, en le dispensant de garantir la solvabilité du tiré : c'est l'hypothèse d'un escompte à forfait.

Sous-section I. — Clauses dans l'intérêt du banquier

271. — Pour conserver son recours cambiaire contre le remettant, le banquier est tenu de se comporter comme un porteur diligent et d'accomplir toutes les formalités requises en temps voulu. C'est là une gêne et une source de risques pour le banquier. Aussi fait-il signer à son client un sous-seing privé, généralement une lettre, le dispensant de remplir les formalités légales. Ces conventions sont sans doute valables (les textes concernant la déchéance du porteur négligent n'est pas d'ordre public) mais, non inscrites sur la lettre de change, elles n'ont d'efficacité qu'entre parties, elles sont inopposables aux signataires antérieurs et ne profitent pas aux porteurs ultérieurs.

Par une clause particulière, le banquier escompteur peut se dispenser de faire dresser protêt; il peut également s'exonérer des conséquences d'une prescription ou d'un protêt tardif. Ce sont les clauses les plus fréquentes (1).

I. - CLAUSE DE DISPENSE DU PROTÊT

272. — Cette clause se rapproche de la clause « de retour sans frais » ou « sans protêt » en ce qu'elle ne dispense pas de la présentation au paiement à bonne date (2), mais elle s'en différencie en ce qu'elle n'interdit pas de faire dresser protêt sous peine d'en supporter le coût (3).

Le banquier rapportera la preuve de cette dispense en produisant l'acte constatant le crédit d'escompte ou le contrat d'escompte ou bien encore les conditions générales de banque (tarif). Mais, dans ce dernier cas, il faut que le remettant ait connu et accepté cette clause. Généralement, il n'y aura aucune difficulté sur ce point, la clause étant reproduite sur le bordereau d'escompte remis au client. Si celui-ci n'élève aucune protestation dans un bref délai, son silence vaut acquiescement. Mais, selon un arrêt de Poitiers du 18 mai 1954 (4), il ne suffirait pas que le bordereau comporte la mention que le client « est soumis à l'ensemble des conditions de recouvrement de la banque qu'il déclare bien connaître », ou une formule

(1) Pour la clause d'irresponsabilité du banquier pour défaut d'avis ou avis tardif.

(2) Le défaut de présentation à bonne date devient alors une cause de déchéance.

(3) Aussi certaines banques, notamment la Banque de France, en vue de conserver leur liberté sans avoir à supporter le coût du protêt, stipulent qu'elles ne garantissent pas l'observation de la mention sans frais.

(4) D. 1954, J. p. 365, note F. Goré.

analogue. La Cour de Poitiers a estimé que l'envoi du bordereau ne prouvait nullement la connaissance et l'acceptation par le remettant des clauses dérogatoires au droit commun.

Cependant, selon une jurisprudence plus libérale (1), une telle dispense peut être tacite et résulter de circonstances graves, précises, concordantes dont l'appréciation souveraine est laissée au juge du fond. Mais, évidemment, la dispense de protêt ne saurait résulter automatiquement du contrat d'escompte. On pourrait songer à le soutenir en remarquant que le remettant garantit le paiement du titre en vertu de la clause sauf encaissement, c'est-à-dire d'une manière extra-cambiaire, et que pour mettre en jeu cette garantie fondamentale, il n'est point nécessaire d'avoir dressé protêt. Cette garantie de droit commun qui s'applique même au cas de négligence, n'équivaut-elle pas à une dispense de protêt et même, plus généralement, à une renonciation à se prévaloir des différentes causes de négligence ? Un tel raisonnement ne peut être retenu. Le banquier qui exerce l'action fondamentale en garantie doit, s'il est payé, restituer l'effet au remettant, et évidemment un effet comportant tous les recours qu'il comportait en puissance lorsqu'il fut remis à l'escompte. Si le banquier est un porteur négligent, il restituera un titre amputé de recours efficaces. Le remettant peut demander réparation de ce préjudice au banquier (2) et on ne peut admettre qu'il y ait renoncé en l'absence de stipulation expresse.

II. - CLAUSE D'IRRESPONSABILITÉ POUR PRÉSENTATION TARDIVE OU PROTÊT TARDIF

273. — Ces clauses n'ont pas pour but de dispenser le banquier escompteur d'accomplir les formalités légales, mais le dispenser de les accomplir dans le délai prescrit. Très fréquemment, sur les bordereaux d'escompte, le banquier déclare qu'il « n'assume aucune responsabilité en cas de retard dans la présentation » ou « en cas de protêt tardif » (3).

En théorie, il y a une différence entre la présentation tardive et le protêt tardif et, strictement entendues, ces deux clauses ne devraient pas avoir la même portée. Mais, dans l'esprit des parties, il est certain qu'elles ont un contenu identique : la clause qui exonère le banquier des conséquences de la présentation tardive, l'exonère des conséquences de la tardivité du protêt, bien que cela ne soit pas expressément

(1) Cass., 27 janvier 1941, D.C. 1943, J. 70, note A. Chéron. Mais l'arrêt ne relève pas les présomptions sur lesquelles s'étaient basés les juges du fait.

(2) Voir *infra*, nos 301 et suivants.

(3) La Banque de France stipule toujours une telle clause.

stipulé, « c'est qu'en effet, écrit M. Hamel, la présentation de la traite au tiré constitue la formalité essentielle, dont le protêt... n'est que l'accessoire : il est logique que l'irresponsabilité sur l'essentiel s'applique aussi à l'accessoire » (1).

Pour les traites à date fixe ou à un certain délai de vue, la dispense de présentation à bonne date entendue strictement serait sans portée pratique, le retard dans la présentation n'étant pas une cause de déchéance, celle-ci résultant seulement de la tardivité du protêt. Pour donner quelque portée à la clause d'irresponsabilité pour présentation tardive, — et toute clause doit être interprétée dans le sens dans lequel elle produit quelque effet — il faut décider qu'elle exonère également le banquier des conséquences du protêt tardif.

Inversement, il faut admettre que la clause d'irresponsabilité pour protêt tardif exonère le banquier des conséquences de la présentation tardive, même si celle-ci n'est pas expressément visée. En effet, il n'est pas douteux que les parties ont voulu laisser au banquier un délai supplémentaire pour effectuer la présentation et non pas seulement pour faire dresser protêt. Cette interprétation est d'autant plus certaine que souvent cette clause n'est prévue que pour des effets déplacés ou remis à l'escompte à une époque très voisine de l'échéance, ce qui entraîne un retard dans la présentation, et non pas seulement dans l'établissement du protêt.

Cette dernière observation n'a d'ailleurs d'intérêt que pour l'escompte des traites à vue pour lesquelles le défaut de présentation à bonne date et le défaut de protêt sont deux causes de déchéance distinctes (2), et pour l'escompte des traites stipulées « sans frais ». A l'égard de cette dernière catégorie d'effets, une clause d'irresponsabilité pour protêt tardif n'aurait aucun sens, puisque le banquier ne peut faire dresser protêt. Les conventions devant s'interpréter dans le sens où elles produisent quelque effet, il faut admettre que cette clause exonère également le banquier des conséquences de la présentation tardive.

274. — Les effets de ces clauses sont régis par le droit commun des conventions d'irresponsabilité. Le banquier ne peut s'exonérer de sa faute lourde ou de son dol, ou de la faute

(1) T. II, n° 1080, *in fine*. Cet auteur admet que « s'il existe une clause d'irresponsabilité pour présentation tardive, elle doit s'appliquer au cas où le banquier, ayant effectué une présentation régulière, n'a pas dressé protêt, même si le contrat ne renferme aucune clause dispensant expressément du protêt ».

(2) Pour les traites à date fixe, à un certain délai de date ou de vue, le défaut de présentation à bonne date ne constitue pas une cause de déchéance ; celle-ci résultant seulement de la tardivité du protêt. On peut observer qu'une clause d'exonération pour présentation tardive serait sans efficacité si elle était entendue strictement.

lourde ou du dol de ses préposés (1). Il demeure tenu, en principe, d'effectuer la présentation et d'établir le protêt dans le délai légal. Si les circonstances, sans qu'elles présentent les caractères de la force majeure, l'ont empêché de remplir ses obligations, il ne perdra point ses recours du change contre le remettant, mais si le défaut de présentation et de protêt est dû à une négligence grave, le banquier sera privé de son recours cambiaire : l'exonération ne joue que pour les fautes légères, à l'exclusion des fautes graves (2).

Il en sera ainsi dans le cas où la traite ayant été remise au banquier escompteur en temps opportun, le retard dans la présentation au paiement et l'établissement du protêt sont dûs à ce que la banque a conservé cette traite en vue de la bonification des intérêts jusqu'à une époque voisine de l'échéance (3). Mais, pratiquement, ces clauses n'exonéreront le banquier des conséquences de sa négligence que dans les cas où il y avait quelque difficulté à respecter les délais légaux (effets déplacés, effets remis à l'escompte à une date trop proche de l'échéance) (4).

C'est au remettant qui allègue la faute lourde ou le dol du banquier escompteur à en rapporter la preuve, selon les principes que toute convention d'irresponsabilité entraîne le renversement de la charge de la preuve.

275. — Pour être valable, ces clauses doivent évidemment être connues et acceptées du remettant, tout comme la clause de dispense de protêt. A notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu à décider si une telle convention pouvait être tacite et résulter des circonstances. Elle ne saurait résulter *ipso facto* de l'escompte, mais l'on pourrait admettre qu'une remise à l'escompte d'un effet déplacé à une date très proche de l'échéance comprend, même à défaut de stipulation expresse, une renonciation tacite de la part du remettant à se prévaloir du défaut de présentation ou de protêt en temps utile.

(1) Cf. Hamel, t. II, n° 1080 ; Lescot et Roblot, t. I, n° 245.

(2) Cass. Soc., 3 août 1948, D. 1948, 536 ; Cass. Soc., 15 juillet 1949, S. 1950, I, 19.

(3) Civ., 1^{er} mai 1872, D. 1872, I, 113 ; Besançon, 4 juin 1859, II, 126.

(4) Voir la jurisprudence citée par M. Hamel, t. II, n° 1080, p. 851. Aussi, certaines banques limitent-elles à des cas précis la portée de la clause d'irresponsabilité. Ainsi le Crédit Lyonnais mentionne sur le bordereau d'escompte : « Le Crédit Lyonnais n'assume aucune responsabilité en cas de protêt tardif ou de retard dans les avis de non-paiement : 1° Pour les effets exigeant un parcours de mer ; 2° Pour ceux égarés par l'administration des postes ; 3° Pour ceux payables ailleurs que dans les chefs-lieux d'arrondissement ; 4° Pour ceux qui n'auraient pas dix jours francs à courir outre le délai nécessaire pour les faire parvenir au lieu le paiement. »

*Sous-section II. — Clauses dans l'intérêt du remettant.
Effet de la convention de forfait quant à l'action
cambiaire en garantie du banquier escompteur
contre le remettant.*

276. — Le tireur et les endosseurs sont garants du paiement du titre à son échéance. Cette garantie cambiaire couvre le banquier escompteur contre tous les risques : risque d'insolvabilité des tiers débiteurs du titre, risque d'inexistence de leur engagement. Mais nous avons vu que, par une convention expresse dite de forfait, le banquier pouvait renoncer à son recours en garantie au cas d'insolvabilité du ou des tiers signataires. Cette convention, même si, n'étant pas portée sur le titre, elle n'a aucune valeur cambiaire, paralyse, par le jeu d'une exception, le recours cambiaire en garantie du banquier escompteur.

La convention de forfait est exprimée généralement sous une forme brève : « à forfait », « sans garantie » ; en raison de ce laconisme il est délicat de déterminer sa portée exacte. Cependant, il ne nous paraît pas douteux que le remettant reste garant à titre cambiaire (1) de l'existence des droits attachés au titre, de son fait personnel ou de sa faute. La garantie cambiaire couvrirait toutes les causes de non-paiement, insolvabilité des débiteurs, inexistence de leur engagement... La convention de forfait a réduit le domaine de cette garantie qui ne couvre plus désormais le risque d'insolvabilité, mais qui demeure intacte pour tous les autres risques.

Par exemple, si le tireur n'a pas fait provision ou s'il ne s'est pas conformé aux clauses du marché passé avec le tiré, il a commis une faute dont il doit garantir le banquier ; si le tiré accepteur refuse de payer en prétextant du défaut de provision, il ne peut invoquer le forfait pour écarter les recours cambiaires du banquier (2). Il ne peut soutenir que le banquier a la possibilité d'exiger le paiement du tiré accepteur en excipant de l'inopposabilité des exceptions ; en effet, le remettant étant garant de l'existence de la provision à l'échéance, et le banquier était en droit d'y compter. Le défaut de provision a pu compromettre la situation financière du tiré et être la cause, sinon de son insolvabilité, du moins d'une gêne passagère l'empêchant de payer. Enfin, le principe de l'inopposabilité des exceptions ne peut être invoqué que par le porteur même, et non pas par les débiteurs cambiaires.

(1) Roblot, *Enc. D.*, V^e Endossement, n^o 77.

(2) Escarra et Raurt, t. VI, n^o 610 ; H. Cabrillac, fasc. 34, n^o 16 ; Petit-Dutaillis, n^o 488.

277. — La portée de la convention de forfait est plus délicate à déterminer lorsque le remettant est un endosseur. Il est hors de doute que le banquier supporte l'insolvabilité du tiré et des autres signataires de l'effet escompté, et que le remettant demeure tenu cambiairement envers le banquier escompteur de son fait personnel, de sa faute et *a fortiori* de sa fraude consistant à avoir remis à l'escompte une traite « dont il n'ignorait pas le vice dont elle était entachée et qui la rendait irrecevable » (1). Mais l'endosseur de bonne foi demeure-t-il garant de l'existence et de la validité des engagements des tiers signataires de l'effet ?

Il y a un certain flottement dans la doctrine sur ce point. Quelques auteurs, après avoir déclaré que la clause de forfait mettait l'endosseur à l'abri de tout recours du porteur, déclarent qu'elle rejette sur ce dernier les risques d'insolvabilité, sans mentionner le risque d'inexistence des droits conférés dans la lettre de change.

Dans le sens le plus favorable au remettant, on peut observer que l'endosseur qui stipule une clause sans garantie a pour but de se protéger contre tous les aléas, même contre ceux de l'inexistence de l'engagement du tiers signataire. Il semble toutefois que l'on doive laisser à la charge du remettant — endosseur de bonne foi — le risque d'inexistence des droits attachés au titre. Cette solution est seule conforme à la nature de l'opération d'escompte. Si par la convention de forfait le banquier renonce à la garantie de l'existence des droits attachés au titre, l'opération d'escompte prendrait un caractère spéculatif incompatible avec sa nature d'opération de crédit. Le banquier accepte d'avancer le montant nominal d'un effet parce qu'il a confiance dans son paiement à l'échéance ; il peut accepter de supporter les risques d'insolvabilité des tiers débiteurs, car il peut avoir une confiance absolue dans leur solvabilité, mais il ne peut accepter de supporter l'aléa de l'inexistence de leurs engagements ; cet aléa connu et accepté est incompatible avec la confiance que l'escompteur doit avoir dans le paiement du titre. Si, par une stipulation expresse, le remettant se dispensait de la garantie de l'existence des droits résultant du titre, on ne se trouverait plus en face d'un escompte, mais d'un achat. Le banquier escompteur à forfait évitera sur ce point toute difficulté en exigeant la mention : « Sans garantie de la solvabilité des signataires du titre. »

(1) Lescot et Roblot, t. I. n° 296.

CHAPITRE II

LES ACTIONS EN GARANTIE NÉES DU CONTRAT D'ESCOMPTE

278. — Ces actions en garantie sont des actions de droit commun dirigées exclusivement contre le remettant. Elles ont leur source, en effet, dans le contrat d'escompte lui-même, et non dans le titre ou la créance escomptée, et par suite ne concernent en rien les tiers, en vertu du principe de la relativité des contrats.

Leur intérêt apparaît, uniquement, dans le cas où l'exercice des droits attachés au titre, ne peut pas ou ne peut plus assurer au banquier le remboursement de son avance. Le tiers débiteur du titre peut être insolvable ou bien peut refuser le paiement en prétendant qu'il n'est point débiteur.

Contre ce double risque de l'insolvabilité du tiers et de l'inexistence de son engagement, le banquier se trouve protégé par l'exercice du recours cambiaire contre le remettant. Mais ce recours cambiaire peut ne plus être possible (au cas de négligence du banquier ou de prescription), ou même n'avoir jamais existé (escompte de titre au porteur, bons du Trésor, traites non endossées, coupons, escompte des créances ordinaires).

Dans de telles hypothèses, le banquier ne se trouve pas désarmé ; il trouve dans le contrat d'escompte même la possibilité d'exercer une double action en garantie à l'encontre du remettant afin d'obtenir le paiement du montant nominal du titre.

Il dispose tout d'abord de la garantie que nous appellerons, à l'exemple des auteurs italiens (1), la garantie de la bonne fin. Nous avons vu, en effet, en étudiant le contenu de l'opération d'escompte, que le banquier ne considérerait pas

(1) Minervini, *Lo sconto bancario*, Naples, 1949, nos 24 et 31, « La garanzia del buon fine ».

exclusivement le titre, mais également la solvabilité du remettant, et entendait se ménager à son encontre un recours de droit commun en garantie au cas où le titre ne serait pas payé à l'échéance. Cette intention des parties s'exprime dans la clause « sauf encaissement » ou « sauf bonne fin », d'où notre appellation.

Le remettant étant garant de la bonne fin de l'opération, autrement dit du paiement de l'effet à l'échéance, cette garantie de droit commun protège le banquier à la fois contre le risque d'insolvabilité du tiers débiteur du titre, et le risque d'inexistence de son engagement, tout comme la garantie cambiaire née de l'endossement. Elle est générale et recouvre la deuxième garantie dont bénéficie le banquier escompteur à l'encontre du remettant, deuxième garantie qui ne revêt d'intérêt qu'en l'absence de la première.

En effet, la garantie de la bonne fin n'est pas de l'essence de l'escompte, mais seulement de sa nature ; elle peut être écartée par le contractant : le banquier peut avoir une confiance absolue dans la valeur du titre et dispenser le remettant d'en garantir le paiement à l'échéance.

Dans cette hypothèse d'escompte à forfait, le banquier supporte le risque du non-paiement à l'échéance dû à l'insolvabilité du tiers débiteur. Mais le remettant est toujours garant envers lui de l'existence et de la validité, au moment de l'escompte, de l'engagement du tiers débiteur du titre.

Nous étudierons :

- La garantie de la bonne fin ;
- La garantie de l'existence de la créance escomptée ou des droits attachés au titre escompté.

Section I. — La garantie de la bonne fin

279. — On peut la définir ainsi : l'engagement de droit commun pris par le remettant, sauf clause contraire, de payer le montant nominal du titre au banquier en cas de défaillance du tiers débiteur du titre ou de la créance escomptée (1).

Sous-section I. — L'admission en droit français de la garantie de la bonne fin

Cette garantie du paiement du titre, issue du contrat d'escompte, et différente de la garantie cambiaire, n'est pas

(1) Voir les travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce, t. IV, p. 377 et 378, et l'art. 1 du projet, p. 388.

unanimement admise. Il est vrai, cependant, que le problème de son existence ne s'est pas posé avec acuité et n'a fait l'objet d'aucune discussion doctrinale.

I. - EN JURISPRUDENCE

280. — La Cour de Cassation ne semble pas avoir été saisie de la question. On peut toutefois relever une hostilité latente à l'encontre d'une telle action fondamentale, distincte du recours cambiaire. Par de nombreux arrêts, la Cour suprême a limité la portée de la clause sauf encaissement au mécanisme du compte courant et a refusé de l'étendre, à défaut de stipulation expresse, à l'escompte par caisse (1). Elle a refusé la possibilité de contrepasser au banquier escompteur qui avait perdu son recours cambiaire, en raison de sa négligence, alors qu'à notre avis le banquier pouvait toujours inscrire en compte courant le montant de son recours de droit commun en garantie (2). A vrai dire, il ne semble pas que le banquier ait songé à invoquer ce recours fondamental à l'encontre de l'endosseur.

Tel n'était cependant pas le cas dans l'espèce soumise à la Cour de Limoges le 17 février 1958 (3). Il s'agissait d'un escompte de chèque. Le banquier négligent était déchu de son recours cambiaire contre son endosseur, mais il invoquait l'article 62 du décret-loi du 30 octobre 1935, qui dispose que la remise d'un chèque laisse survivre la créance originaire et les garanties qui y sont attachées. Il demandait le remboursement de la somme versée et des intérêts qui lui étaient dûs. Le problème de l'existence d'un recours fondamental en paiement du titre, à l'encontre du bénéficiaire de l'escompte, était posé. La Cour de Limoges le résout en ces termes : « Attendu que ce texte suppose que le chèque a été tiré ou endossé en vue d'éteindre une obligation préexistante qui subsiste, puisqu'aucun effet novatoire n'est attaché à l'acceptation du chèque — que tel n'est pas la situation de l'endosseur qui remet le chèque au banquier pour être passé en compte — que, ce faisant, il n'éteint pas sa dette, mais qu'il fait naître une créance

(1) Cass. Req., 16 mars 1858, D.P. 58, I, 199 ; Cass. Req., 21 février 1870, D.P. 71, I, 100. De très nombreux arrêts rendus à propos de la contrepassation, comportent cette formule devenue de style : « ... *En matière de compte courant* il est de règle, s'il n'y a pas stipulation contraire, que les effets de commerce endossés par des contractants ne sont portés au crédit de l'endosseur que sauf encaissement. » Cass. Civ., 19 novembre 1888, D. 1889, I, 409. Cependant, il est à noter que cette formule ne se rencontre plus à partir de 1940. L'un des derniers arrêts est du 3 avril 1939, S. 1939, I, 165, G.P. 1939, II, 83.

(2) Voir *infra*, nos 395 et suivants.

(3) J.C.P., 1958, II, 10547, obs. H. Cabrillac ; R. T. Dr. Com., 1958, p. 355, n° 6.

à son profit par l'inscription d'un crédit à son compte, et que, si l'effet n'est pas payé, le recours du récepteur n'est fondé que sur la garantie du change par la contrepassation de l'effet ».

II. - EN DOCTRINE

281. — Le problème a été peu débattu. Certains auteurs, et des plus autorisés, se montrent hostiles à la possibilité d'un tel recours. Ainsi, M. H. Cabrillac approuve l'arrêt de la Cour de Limoges rappelé ci-dessus (1). D'après le doyen Hamel, un tel recours basé sur la clause sauf encaissement (étendue par cet auteur comme une clause résolutoire) « serait contraire à la nature de l'opération » qui perdrait « son caractère strict d'un transfert définitif de propriété » (2). Cette opinion ne nous paraît pas justifiée, elle s'inspire trop de la conception de l'escompte achat de titre et ne tient pas compte du fait que le banquier effectue une opération de crédit qui repose pour partie sur sa confiance dans la solvabilité du cédant. « Le banquier entend rester principalement créancier de son client », cette affirmation de MM. Percerou et Desserteaux traduit excellemment l'intention de l'escompteur (3).

De nombreux auteurs, au contraire, admettent, plus ou moins consciemment, la possibilité d'un tel recours fondamental en garantie. L'analyse de l'escompte en un prêt est la manifestation de cette tendance : le banquier, à défaut de paiement du titre, a la possibilité d'exercer l'action en remboursement du prêt, des intérêts et des frais qui lui sont dûs ; le résultat pratique est presque identique (4). Certains auteurs, plus précis, admettent un recours de droit commun en répétition des sommes versées, basé sur la clause sauf encaissement entendue comme une condition résolutoire, et distinct du recours cambiaire (5).

Nous avons déjà repoussé ces théories du prêt et de la clause résolutoire (6) : il nous paraît plus exact et plus conforme à la volonté des parties de voir dans l'escompte une opération de crédit sui generis, basée sur l'acquisition d'un titre ou d'une créance dont le cédant garantit le paiement à l'échéance. M. Amiaud estime, avec raison, qu'il s'agit là d'une caracté-

(1) Note au J.C.P. 1958, II, 10547 ; J. *Cl. Banque*, fasc. 43, n° 19.

(2) T. 1, n° 403 et 405.

(3) Percerou et Desserteaux, t. I, n° 850.

(4) Voir *supra*, n° 27 et suivants, les auteurs qui analysent l'escompte en un prêt.

(5) J. Savatier, note au D. 1955, J. 134. R. Houin, *R. T. Dr Com.*, 1949, p. 507. Ces auteurs admettent le principe d'une action fondamentale.

(6) Voir *supra*, n° 46 et 67.

ristique de l'escompte qui ne se conçoit pas sans une semblable garantie, d'autant plus que l'escompte n'est pas limité aux effets de commerce (1).

III. - SUR LE PLAN LÉGISLATIF

282. — Ce recours de droit commun est admis par le Code civil italien de 1942 dans ses articles 1858 et 1859, premier alinéa (2). M. Minervini, étudiant ce recours, l'assimile en une action en garantie qu'il appelle la garantie de la bonne fin.

En France, nous ne trouvons évidemment aucune trace de ce recours dans la loi qui ne réglemente pas le contrat d'escompte. Cependant, il est remarquable que ce recours de droit commun ait été admis sans discussion (3) par la Commission de réforme du Code de Commerce. L'article 4 de l'avant-projet établi le 14 mars 1952 est ainsi libellé : « Le banquier a, vis-à-vis des débiteurs principaux des effets, du bénéficiaire de l'escompte et des autres obligés, tous les droits attachés au titre qu'il a escompté. Il a en outre, à l'égard du bénéficiaire de l'escompte, un droit distinct de remboursement des sommes mises à la disposition de celui-ci, augmentées des intérêts et commissions perçues ; ce droit s'exerce à concurrence des titres impayés, quelle que soit la cause du défaut de leur paiement et au cas de compte courant entre les parties, en conformité avec les dispositions prévues aux articles... »

IV. - SELON NOUS, CETTE GARANTIE DE DROIT COMMUN EST IMPLIQUÉE PAR LA NATURE MÊME DE L'ESCOMPTE ET CORRESPOND A LA VOLONTÉ DES PARTIES

283. — L'escompte, nous l'avons vu, est un contrat sui generis que l'on peut comparer à un achat détourné de son but normal. Les parties ont utilisé le cadre juridique de l'achat pour réaliser une opération de crédit. Le banquier acquiert un titre, mais il ne spéculé pas sur sa valeur, il fait un placement : il

(1) Voir les travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce, t. IV, p. 377.

(2) Art. 1858 : « Lo sconto e il contratto col quale la banca, previa deduzione delle interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancora scaduto, mediante la cessione, *salvo buon fine*, del credito stesso. » Art. 1859, premier alinéa : « Se lo sconto avviene mediante girata di cambiale o di assegno bancario, la banca, nel caso di mancato pagamento, oltre di diritti derivanti dal titolo, *ha anche il diritto alla restituzione della somma anticipata.* »

(3) Les membres de la Commission ont admis ce recours comme s'il allait de soi (du moins d'après le procès-verbal des séances). La chose est remarquable.

« avance » à son client le montant nominal du titre. Mais de toute évidence, dans l'hypothèse ordinaire, il n'entend pas supporter l'aléa du non-paiement du titre, il n'accepte d'en payer le montant que parce qu'il a confiance dans le paiement du titre. Cette confiance repose sur une double base, sur la valeur du titre et surtout sur la solvabilité du remettant ; généralement, le banquier ne connaît pas la solvabilité du débiteur du titre, alors qu'il connaît celle de son client. A quoi lui servirait-il de faire confiance à la solvabilité de son cédant, s'il n'avait pas un recours à son encontre pour profiter de la garantie de cette solvabilité ? Cette volonté du banquier de se ménager un recours se trouve exprimée dans la clause « sauf encaissement » : le banquier n'accepte d'avancer le montant nominal du titre que sous réserve de son paiement à l'échéance. En cas de non-paiement, il demandera au remettant de lui rembourser son avance.

L'existence de ce recours fondamental n'est pas d'ailleurs en contradiction avec la volonté du remettant. Celui-ci n'est pas un véritable vendeur qui cherche à se débarrasser d'une créance qu'il estime douteuse, en en retirant un prix minimum ; ce qu'il veut, c'est mobiliser sa créance, il veut que son montant lui soit « avancé » par le banquier. Comme le titre lui est payé par anticipation, il en cède la propriété au banquier, mais cela n'implique nullement qu'il entende rejeter sur ce dernier les risques du non-paiement du titre à l'échéance. Tout au contraire, comme tout crédit, il est naturel qu'il se porte garant de la bonne fin de l'opération.

284. — Cette recherche de la garantie du paiement du titre, due par le remettant, est le souci majeur de la pratique. L'usage de l'escompte s'est développé en matière d'effets de commerce, car les parties ont trouvé dans le mécanisme cambiaire l'expression exacte de leur volonté. La technique déjà évoluée de la lettre de change a servi de moule à un contrat de crédit qui en était à ses premiers balbutiements. Pour les formes d'escompte qui ne se sont pas dégagées du cadre du droit civil (délégation, nantissement de marché), les banques cherchent toujours à s'assurer un recours contre le remettant, en utilisant soit la technique du prêt, soit celle de la délégation. Certains auteurs particulièrement initiés à la pratique bancaire, insistent sur la nécessité d'un recours du banquier contre le remettant, jusqu'à en faire une condition de l'escompte ; mais ils ne cherchent pas à distinguer le recours en garantie qui naît du mode de transmission, et celui qui doit résulter du contrat d'escompte (1).

(1) Ferronnière et de Chillaz, n° 269, p. 243 ; H. Germain-Martin, *Enc. Dalloz Droit Commercial*, V° Escompte, n° 36.

A l'heure actuelle, à l'image de la législation italienne, comme nous y invite la Commission de réforme du Code de Commerce français, il faut donner au contrat d'escompte sa pleine autonomie et le dégager des mécanismes cambiaires ou civilistes qui ne sont que des modes d'exécution de ce contrat. Les parties veulent que le remettant garantisse la bonne fin de l'opération : il faut sanctionner cette volonté. Les principes généraux du droit des contrats, autonomie de la volonté, liberté contractuelle, consensualisme, l'exigent ainsi. Les effets de l'endossement, mode d'exécution de la convention, viennent renforcer les effets de cette volonté, mais ils ne sauraient les effacer, se substituer à eux. La clause sauf encaissement est indépendante de l'endossement. La novation ne se présume pas, et la survivance du rapport fondamental à la naissance du rapport cambiaire est unanimement admise en doctrine et en jurisprudence (1).

Il est difficile et quelque peu aventureux de préciser le régime de cette garantie, en dehors de toute référence jurisprudentielle et même doctrinale. Nous tenterons cet effort constructif en nous appuyant sur le projet établi par la Commission de réforme du Code de Commerce et sur l'exemple italien.

Sous-section II. — Le régime de la garantie de la bonne fin.

285. — Lorsque l'escompte a pour objet des effets de commerce, l'action fondamentale en paiement du titre n'a d'intérêt que si le recours cambiaire contre le remettant a disparu. Mais la disparition de ce recours cambiaire peut altérer le régime général de la garantie de la bonne fin.

Nous étudierons donc :

- Le régime général de la garantie de la bonne fin ;
- Les conséquences de la disparition du recours cambiaire sur ce régime général.

I. - LE RÉGIME GÉNÉRAL DE LA GARANTIE DE LA BONNE FIN

Plusieurs questions se posent.

A. - CONDITIONS DE FORME : UNE CLAUSE EXPRESSE EST-ELLE NÉCESSAIRE ?

286. — La clause sauf encaissement, qui exprime cette garantie, est très souvent stipulée par le banquier sur le bordereau d'escompte remis au client, ou dans les conditions générales

(1) Lescot et Roblot, t. I, n° 78 et suivants.

de banque. Dans la majorité des cas, il n'y aura donc aucune difficulté sur l'existence de la garantie de la bonne fin assumée par le remettant. Mais, dans le silence du contrat, à défaut de clause sauf encaissement expressément stipulée, faut-il tout de même accorder cette action en garantie au banquier escompteur ?

— La jurisprudence, qui répute sous-entendue la clause sauf encaissement dans toute remise d'effet en compte courant (1), conduirait à répondre par l'affirmative. Cependant, on ne peut invoquer cette jurisprudence, car elle attribue à la clause sauf encaissement une portée différente de celle que nous lui attribuons. Suivant cette ancienne jurisprudence de la Cour de Cassation, la clause sauf bonne fin ne peut être sous-entendue que dans l'escompte en compte courant, et seulement pour but de permettre la contrepassation (2). L'article 1694 du Code civil qui à propos de la cession de créance, exige une convention expresse pour toute garantie autre que celle de l'existence de la créance au moment de l'achat, conduirait à la solution négative. Cependant, on ne peut invoquer ce texte, car l'escompte est une opération de crédit sui generis, très voisine de l'achat, mais distincte.

— A notre avis, il faut décider que la garantie de la bonne fin est due de plein droit par le remettant, sauf stipulation contraire. Cette garantie, en effet, est de la nature de l'escompte et il faut sous-entendre tout ce qui est de la nature d'un contrat donné. La confiance du banquier a pour fondement naturel la solvabilité du remettant : il faut de toute évidence lui accorder un recours pour mettre en jeu cette solvabilité. C'est la solution de la Commission de réforme du Code de Commerce qui admet ce recours de droit commun sans exiger une clause expresse. C'est également la solution du Code civil italien de 1942. M. Minervini qualifie la garantie de la bonne fin de « naturale negotii » et repousse l'exigence de toute stipulation expresse (3).

287. — Cette solution s'impose même au cas où la créance escomptée est transmise au banquier selon les formes de la cession de créance, telle que la régit le Code civil aux articles 1689 et suivants. Le Code civil régit en effet la cession de créance considérée comme une vente de créance et non comme un simple mode de transmission. Toutes les dispositions qui sont en contradiction avec un contrat causal différé

(1) Voir *infra*, n° 321.

(2) Voir *infra*, nos 319 et suivants, et n° 324 ; cette conception de la contrepassation semble aujourd'hui abandonnée par la Cour de Cassation qui y voit une modalité d'exercice du recours cambial.

(3) *Op. cit.*, n° 24, p. 78 ; n° 31, p. 106.

rent de la vente (et c'est le cas de l'escompte) doivent être écartées ; il doit en être ainsi de l'article 1694 ; cet article est édicté en haine des usuriers, pour éviter qu'une cession de créance à vil prix puisse cacher un prêt usuraire. Nous savons qu'un tel danger est écarté en matière d'escompte (1).

Les parties à l'opération d'escompte peuvent évidemment écarter la garantie de la bonne fin, à condition de manifester clairement leur volonté. A cet égard, il faut admettre que toute renonciation du banquier à la garantie cambiaire du remettant équivaut à une renonciation tacite, mais non douteuse, à la garantie de la bonne fin. Il en sera ainsi, par exemple, dans le cas où la convention de forfait résulterait de la mention sans garantie apposée sur le titre, ou d'un aval du tiré par le banquier, et semblerait concerner uniquement la garantie cambiaire.

B. - OBJET DE LA GARANTIE DE LA BONNE FIN

288. — Le remettant se porte garant du paiement du titre escompté à son échéance ; en cas de défaillance du tiers débiteur principal du titre, il doit payer à sa place. Plusieurs précisions s'imposent.

1° *Le remettant garantit le paiement du titre à l'échéance, et non pas la solvabilité à l'échéance du tiers débiteur principal du titre* (2). L'intérêt de cette précision est le suivant :

— Si le remettant était garant de la solvabilité du tiers à l'échéance, la garantie ne pourrait être mise en jeu que sur la preuve de l'insolvabilité du tiers. Le remettant disposerait d'un bénéfice de discussion à l'encontre du banquier.

— Au contraire, garant du paiement, le remettant doit s'acquitter dès que la preuve du non paiement à l'échéance est rapportée, sans qu'il soit besoin de démontrer l'insolvabilité du tiers débiteur du titre, ou même de poursuivre les signataires du titre autre que le débiteur principal, tiré ou souscripteur.

(1) Voir *supra*, nos 64, 147 et suivants.

(2) Cf. travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce, t. IV, p. 378 : « En définitive, il est décidé de remplacer l'expression *en s'engageant à garantir leur bonne fin*, par la suivante : *à la charge d'en rembourser le montant à défaut de paiement par le principal obligé* » (art. 1 du projet, p. 388). Voir également les propos de M. Sancerly (p. 377) : « A propos de l'article premier, M. Sancerly rappelle brièvement les points sur lesquels la Sous-Commission avait insisté : la clause de bonne fin par laquelle le client s'engage à garantir le paiement de l'effet escompté à son échéance... »

Cette solution est imposée par l'économie du contrat. Le banquier fait un placement à court terme : il entend rentrer dans son débours à l'échéance, l'obliger à démontrer l'insolvabilité du tiers serait lui imposer une immobilisation imprévue dont il n'a pas été tenu compte lors du calcul de l'agio d'escompte et des frais de justice non prévus dans l'établissement des diverses commissions (1). Le libellé de la clause sauf encaissement ne laisse d'ailleurs aucun doute sur ce point. L'encaissement doit s'entendre : encaissement à l'échéance.

Le banquier rapportera la preuve du non-paiement à l'échéance dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire par tous moyens, notamment, s'il s'agit d'un effet de commerce, un protêt n'est point nécessaire : il est seulement exigé pour l'exercice du recours cambiaire et non pour l'exercice d'une action fondamentale (2).

289. — 2° Mais le remettant ne garantit que le paiement à l'échéance. Si le banquier ne présente pas l'effet au paiement à son échéance, la garantie ne peut plus jouer, à moins que le banquier ne démontre que le titre n'aurait pas été payé même s'il l'avait présenté au paiement à la date voulue (3). Mais le plus souvent, cette preuve sera très difficile à administrer. Admettre la solution opposée, serait alourdir les obligations du remettant contrairement à la clause « sauf encaissement à l'échéance ».

Cette précision revêt un grand intérêt au cas de prorogation d'échéance accordée au tiré par le banquier sans l'accord du remettant : le banquier sera déchu du recours cambiaire, mais également du recours de droit commun (4).

C'est au remettant à rapporter la preuve que le titre n'a pas été présenté à bonne date ; l'absence de protêt n'est pas, à notre sens, une preuve suffisante. Ce mode de constatation

(1) Minervini, n° 24, p. 81 et 82 : « ... Lo scontatore pua agire in forza della garanzia nei confronti dello scontatorio sin dal momento d'inizio della mora del debitore scontato, senza avere bisogno di dimostrare previamente con la infruttuosa escussione la irrealizzabilità del credito scontato. »

(2) Cf. Lescot et Roblot, t. I, n° 84, p. 105, et pour le droit étranger : Minervini, n° 32 *in fine*, p. 112, nos 95 et suivants, p. 115.

(3) Il en va de même en matière de cession de créance, lorsque le cédant a garanti la solvabilité future du débiteur cédé. *Enc. D. Droit Civil*, V° Cession de créance par Trasbot, nos 541 et 542.

(4) Le tireur, en mentionnant une certaine date d'échéance, a peut-être pensé que le tiré aurait à cette époque vendu les marchandises livrées et aurait ainsi les fonds disponibles pour payer ; le banquier, en accordant une prorogation d'échéance, bouleverse tous ces calculs. Sur l'importance de la coïncidence de la date d'échéance avec la vente des marchandises, voir notamment Ferronnière et de Chillaz, n° 270, p. 244.

n'est nécessaire que pour le maintien du recours cambiaire et ne saurait être exigé pour l'exercice de l'action fondamentale.

Si le banquier bénéficie d'une clause d'irresponsabilité pour présentation ou pour protêt tardifs, il faut admettre qu'il conserve son recours fondamental même au cas où le retard dans la présentation est à l'origine du non-paiement, mais à condition que ce retard ne soit pas constitutif d'une faute lourde. C'est le droit commun des clauses d'irresponsabilité (1).

290. — 3° Pour que joue la garantie de la bonne fin, *le défaut de paiement ne doit pas être dû à une faute ou à une cause imputable au banquier escompteur* (2).

L'article 4, deuxième alinéa, du projet de la Commission de réforme du Code de Commerce dispose que : « ... Ce droit s'exerce à concurrence des titres impayés, *quelle que soit la cause du défaut de paiement* ». Rien dans la discussion préalable à l'établissement du projet ne permet de préciser le sens de ces derniers mots. Il ne faut pas, croyons-nous, les interpréter à la lettre ; ils signifient seulement, que le remettant doit payer le montant du titre escompté, que le non-paiement de l'effet soit dû à l'insolvabilité du tiers débiteur, ou à l'inexistence de son engagement pour une cause étrangère au banquier escompteur. Si le non-paiement est dû à la faute du banquier, le remettant est libéré. On ne saurait ainsi permettre au banquier de se retourner contre le cédant si le non-paiement est dû à une exception qui est seulement opposable au banquier, par exemple une exception de compensation.

291. — 4° *Le remettant garantit le paiement du titre. La garantie est donc due jusqu'à concurrence du montant nominal du titre et non seulement jusqu'à concurrence de la somme versée lors de l'escompte.* Cette règle est posée à plusieurs reprises par le projet de la Commission de réforme : *Article premier* : « L'escompte est la convention par laquelle le banquier s'oblige à payer par anticipation au porteur le montant

(1) Généralement, le banquier conservera son recours cambiaire. Mais cela n'est pas toujours exact ; il se peut que, présentant l'effet avec un léger retard, il attende plusieurs mois pour dresser protêt. Il conservera son recours fondamental, pour lequel seul compte la date de présentation, mais sera déchu du recours cambiaire.

(2) Cf. en matière de cession de créance, au cas de garantie de la solvabilité future du débiteur cédé, *Enc. D.*, V° Cession de créance, n° 540. Cette condition ne se confond pas avec la précédente, la différence réside dans la charge de la preuve. Si le banquier n'a pas présenté l'effet à bonne fin, le défaut de paiement est présumé dû à sa faute, mais, dans le cas qui nous occupe, c'est au remettant à démontrer que le non-paiement est dû à la faute du banquier.

de l'effet... que ce porteur lui transmet, à charge d'en rembourser le montant à défaut de paiement par le principal obligé. » Art. 4 : « ... Ce droit (recours de droit commun) s'exerce à concurrence des titres impayés... »

L'article 1859, alinéa 1 du Code italien admet, en apparence, une règle opposée : « ... La banque en cas de non-paiement, outre les droits qui proviennent du titre, a aussi le droit à la restitution de la somme avancée... », mais suivant l'interprétation qu'en donne la doctrine italienne, cet article conduit à des résultats pratiques équivalents à ceux du projet de la commission de réforme : la différence entre « la somme avancée » et le montant nominal du titre peut être dûe, à titre de dommages-intérêts (1).

Nous préférons pour notre part, la solution française. Elle est plus juridique et plus conforme à l'économie du contrat d'escompte et, partant, à la volonté des parties : le banquier n'a accepté d'escompter le titre que parce qu'il pensait que celui-ci lui serait payé à l'échéance, soit par le tiers débiteur, soit par le remettant lui-même, sur la solvabilité duquel le banquier comptait. C'est donc le paiement du montant nominal du titre que lui garantit le remettant.

C'est une solution opposée à la règle impérative de l'article 1694 : le cédant ne peut être tenu à garantie que « jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la cession ». Il y a donc intérêt à distinguer cession de créance au sens d'achat de créance, et escompte de créance. Cette différence de régime entre la garantie expresse due par l'acheteur, et la garantie naturelle due par le bénéficiaire de l'escompte est parfaitement justifiée. L'acheteur paie un prix : la différence entre ce prix et le montant nominal du titre représente un bénéfice éventuel. Il ne peut demander ce bénéfice à son vendeur ; une telle clause aurait un caractère lésion.

Tel n'est pas le cas dans l'escompte, opération de crédit ; la différence entre le montant nominal du titre escompté et la somme versée représente l'intérêt du capital laissé à la disposition du remettant et les frais déboursés par le banquier. Or cet intérêt et ces frais sont dûs par le remettant.

L'article 1694 a été écrit pour déjouer les manœuvres des usuriers (2) qui auraient consisté à acquérir à bas prix des créances irrécouvrables dont ils auraient exigé le paiement du cédant. Un tel danger ne se rencontre pas dans l'escompte car la somme versée doit être strictement proportionnelle au montant nominal du titre. Si cette proportionnalité fait

(1) Minervini, *op. cit.*, n° 25, p. 83 et suivantes.

(2) Ripert et Boulanger, *Droit civil*, t. II, n° 1.

défaut, il n'y a plus d'escompte, mais achat, et l'article 1694 doit recevoir application. Rappelons que le critère de fait de la distinction entre escompte et achat, tel que nous l'avons déterminé, revient à rechercher si la rémunération du banquier ne constitue pas un intérêt usuraire au sens du décret du 8 août 1935 (1).

C. - EFFETS DE L'EXERCICE DE LA GARANTIE

292. — Le banquier demande au remettant de lui payer le montant nominal du titre ou de la créance escompté. Si le remettant s'acquitte de sa dette, le banquier est obligé de lui remettre le titre escompté ou de lui rétrocéder la créance escomptée. Mais nous pensons qu'il en demeure propriétaire tant qu'il n'est pas intégralement payé. Jusqu'au complet paiement, il peut exercer les droits attachés au titre, ainsi il pourra poursuivre le tiré ou le tireur qui n'a pas fait provision.

Il en irait autrement si on analysait la clause sauf encaissement en une clause résolutoire et non pas, comme nous le proposons, en une clause de garantie. En effet, dès que le banquier invoquerait la condition résolutoire (défaut de paiement à l'échéance), l'opération d'escompte se trouverait résolue de plein droit et il perdrait la propriété du titre pour ne disposer à l'encontre du remettant que d'un droit de rétention dénué d'efficacité. Une telle conséquence est contraire à la volonté des parties, comme nous avons essayé de le montrer(2).

II. - CONSÉQUENCES DE LA DISPARITION DU RECOURS CAMBIAIRE SUR LA GARANTIE DE LA BONNE FIN

293. — Lorsque l'escompte porte sur des effets de commerce, la garantie de la bonne fin, issue du contrat d'escompte, se double de la garantie cambiaire, née de l'endossement ; celle-ci n'exclut pas celle-là. Il est de principe, en effet, que le rapport cambiaire se superpose au rapport fondamental, le renforce, mais, sauf convention contraire, ne l'éteint pas.

Le banquier escompteur d'un effet de commerce dispose donc de deux recours en garantie : un recours cambiaire et un recours fondamental ; ce dernier ne présente d'intérêt que dans la mesure où le premier, plus simple et plus énergique, ne peut plus être exercé en raison de la négligence du banquier ou en raison de la prescription.

(1) *Supra*, nos 147 et suivants.

(2) *Supra*, n° 67.

Mais ce qui est vrai de la naissance de la créance cambiaire, l'est-il de sa disparition ? L'action fondamentale en garantie survit à la naissance du rapport cambiaire, mais survit-elle à sa disparition ? Et si l'on répond par l'affirmative, ne faut-il point compenser le montant du recours en garantie et le préjudice éventuellement subi par le remettant du fait de la disparition du recours cambiaire ? Telles sont les deux questions qu'il nous faut examiner.

- La survie de l'action fondamentale en garantie à la disparition du recours cambiaire ;
- Le montant de l'action fondamentale en garantie après la disparition des recours cambiaires.

A. - LA SURVIE DE L'ACTION FONDAMENTALE EN GARANTIE A LA DÉCHÉANCE OU A LA PRESCRIPTION DES RECOURS CAMBIAIRES

294. — Certaines législations étrangères se montrent particulièrement sévères à l'encontre du porteur négligent qui a laissé prescrire son recours cambiaire. Ainsi, l'article 1170 du Code de Commerce espagnol dispose que la perte de l'action cambiaire entraîne la perte de l'action née du rapport fondamental. M. Garrigues conclut que le banquier escompteur, déchu du recours cambiaire, ne peut plus exercer l'action fondamentale née du contrat d'escompte (action en remboursement du prêt, puisque ce juriste espagnol analyse l'escompte en un prêt accompagné de la dation pro solvendo du titre escompté) (1). On peut relever des dispositions analogues dans les législations d'influence germanique (2).

En France, au contraire, la doctrine et la jurisprudence ont admis la survie de l'action fondamentale à la perte des recours cambiaires. En principe, il faut donc admettre au profit du banquier, déchu des recours cambiaires contre le remettant, ou qui les a laissés prescrire, la possibilité de lui demander tout de même le paiement du titre, en vertu de la garantie de la bonne fin. Cependant, le problème se pose dans des termes différents suivant les effets de commerce considérés (lettre de change, billet à ordre d'une part, chèque d'autre part), et les causes de perte du recours cambiaire (négligence du banquier, prescription du recours).

(1) *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, p. 290 et suivantes. En raison de la négligence du banquier la « datio pro solvendo » se transforme en un « datio pro soluto ». C'est le jeu normal de l'art. 1170 du Code civil espagnol : « La entrega de pagares a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. »

(2) Lescot et Roblot, t. I, nos 95 et suivants.

- La survie de l'action fondamentale en matière de lettre de change et de billet à ordre ;
- La survie de l'action fondamentale en matière de chèque.

a) *La survie de l'action fondamentale en matière de lettre de change ou de billet à ordre.*

1° *Perte du recours due à la négligence du banquier escompteur* (1).

295. — La déchéance qui frappe le porteur négligent est une situation légale. Elle fonctionne automatiquement à l'encontre du porteur qui n'a pas respecté les formalités des articles 148 et suivants du Code de Commerce. Le droit du change est un droit rigoureux, sans pitié pour le débiteur cambiaire ; il exige du créancier exactitude et respect des formes légales, sous peine d'être privé des avantages qu'il lui accorde. Mais cette déchéance ne doit atteindre que l'action cambiaire et laisser subsister intacte l'action sanctionnant le rapport fondamental. Telle est la solution donnée par la doctrine (2) en matière de lettre de change transmise pour éteindre une obligation préexistante. Il n'y a pas lieu d'en décider autrement au cas où la lettre de change est transmise en exécution d'un contrat d'escompte. Le remettant, lors de l'escompte, s'engage à payer le titre en cas de défaillance du tiré ou du souscripteur à l'échéance. L'exercice de cette garantie est subordonné à la seule condition du non-paiement à l'échéance, indépendamment de l'existence ou de la perte des recours cambiaires. La garantie née de l'endossement est venue simplement se superposer après coup à la garantie de la bonne fin ; si la première disparaît en raison de la déchéance qui frappe le banquier, la seconde demeure intacte et peut toujours être exercée.

2° *Prescription du recours cambiaire.*

296. — Le banquier qui a laissé prescrire son recours cambiaire contre le remettant peut-il toujours lui demander le paiement du titre sur la base de la garantie de la bonne fin (3) ?

(1) Si le remettant est le tireur lui-même, et s'il n'a pas fait provision, le banquier négligent n'est pas déchu de son recours cambiaire à son encontre ; il en est de même si le remettant est le tiré lui-même. Le problème ne concerne donc que le cas où le remettant est un endosseur ou un tireur qui a fait provision.

(2) Lescot et Roblot, t. I, p. 109, n° 88 ; t. II, p. 153, n° 695 *in fine* ; Ripert, Durand et Roblot, t. II, n° 1249 (ancienne édit. n° 1895). *Enc. Dalloz D^e Com.*, V° Lettre de change, n° 493, par M. Roblot.

(3) Si le remettant est le tireur ou un endosseur, le recours cambiaire se prescrit par un an, même dans le cas où le tireur n'a pas fait provision (Lescot et Roblot, t. II, n° 718, p. 183). Si le remettant est le tiré

Le problème est délicat car il exige à notre avis une prise de position sur le fondement de la prescription cambiaire. Deux conceptions s'affrontent en doctrine :

— Suivant de nombreux auteurs (1), la prescription cambiaire, comme toutes les courtes prescriptions, serait fondée sur une présomption de paiement. Si l'on admet cette conception, il faut refuser au banquier escompteur l'exercice de l'action fondamentale en paiement du titre. Du fait de la prescription, le titre est présumé payé ; l'opération d'escompte a reçu son dénouement normal : toute action contre le remettant est éteinte (2).

— Pour d'autres auteurs (3), la prescription cambiaire se rapprocherait de la prescription trentenaire du droit commun et serait une sorte de déchéance ôtant sa valeur au titre, analogue à la déchéance du porteur négligent. Dans cette conception, la prescription n'atteint que les droits cambiaires et laisse survivre l'action fondamentale, comme au cas de négligence ; le banquier escompteur est bien déchu de ses droits cambiaires, mais l'opération n'est pas dénouée puisqu'aucun paiement n'est présumé être intervenu : le banquier conserve donc la possibilité d'agir en vertu du rapport fondamental.

Les arguments avancés de part et d'autre sont impressionnants :

En faveur de la première solution, on fait valoir que la prescription cambiaire est une courte prescription et que les courtes prescriptions sont en général fondées sur une présomption de paiement. A leur image, elle ne peut plus être invoquée par le débiteur cambiaire, s'il reconnaît expressément ou tacitement être toujours redevable de sa dette (art. 179, dernier alinéa ; pour le chèque, art. 53 du D.L. de 1935) ; reconnais-

lui-même, le recours cambiaire se prescrit par 3 ans, la qualité de tiré l'emportant sur celle d'endosseur. Dans ce dernier cas, le banquier dispose de l'action de la provision concurremment avec l'action fondamentale de la bonne fin.

(1) H. Cabrillac, note au J.C.P. 1949, II, 4900, et au J.C.P. 1957, II, 9917 ; H. Cabrillac et Becqué, *R. T. D^e Com.*, 1957, p. 418, n° 9 ; Houin, *R. T. D^e Com.*, 1949, p. 506, n° 7 ; Ripert, n° 1904 ; Escarra, n° 1218, p. 828.

(2) Tout en admettant que la prescription cambiaire repose sur une présomption de paiement, certains auteurs admettent la survie des actions dérivant du rapport fondamental, cf. Escarra, n° 1221. Il y a là une contradiction. Ainsi que la note de MM. Lescot et Roblot (t. I, n° 90, p. 110), l'obligation cambiaire et l'obligation fondamentale sont liées « et tendent l'une et l'autre à la satisfaction finale du créancier. L'exécution de l'une entraîne normalement l'extinction de l'autre ».

(3) Lescot et Roblot, t. I, n° 87 *in fine* ; t. II, n° 712. Larguier, *La notion de titre en droit privé*, n° 216. En jurisprudence : Orléans, 2 février 1949, J.C.P. 49, II, 4900, H. Cabrillac, S. 1953, II, 130 ; *R. T. D^e Com.*, 1949, p. 506, n° 5 ; R. Houin, Paris, 18 octobre 1952, J.C.P. 1952, II, 7398, H. Cabrillac ; *R. T. D^e Com.*, 1953, p. 149.

sance qui serait inopérante si la prescription s'apparentait à une déchéance ou à la prescription trentenaire.

En faveur de la deuxième solution, on peut avancer deux arguments principaux :

— La présomption de paiement ne repose sur rien de réel : lorsqu'on paie une traite, on retire l'effet ; si le porteur la détient encore, il faut présumer au contraire qu'il n'a pas été payé.

— Il est permis de voir, dans l'article 52, alinéa quatre, du D.L. du 30 octobre 1935, relatif au chèque, un argument décisif (le fondement de la prescription en matière de chèque ou en matière de lettre de change étant identique). « Toutefois, en cas... de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement. » Si le titre prescrit est présumé payé comment peut-on admettre que des actions survivent à ce paiement ? Il est donc nécessaire de voir dans la prescription une déchéance analogue à celle qui frappe le porteur négligent. Au bout d'un certain laps de temps, le titre est dépouillé de sa valeur, mais cela ne signifie point qu'on doive le présumer payé. De plus, comment justifier le délai de prescription variant suivant la qualité du débiteur cambiaire : un an contre les endosseurs, trois ans contre le tiré ? Si le titre est présumé payé, il doit l'être à l'égard de tous. La déchéance, au contraire, peut être opposée plus ou moins facilement par les débiteurs cambiaires.

En vérité, le problème paraît insoluble. La contradiction réside dans la loi elle-même. Pour trancher la question qui nous occupe, il faut se contenter (1) d'observer que la Cour de Cassation (2) a admis à plusieurs reprises la survie de l'action fondamentale à la prescription du recours cambiaire. La doctrine dominante se prononce également en ce sens (3). Il suffit d'appliquer ces solutions à l'opération d'escompte : le ban-

(1) Personnellement, nous nous rallions volontiers à la théorie de la « prescription-d'échéance ». Elle nous semble plus en harmonie avec le caractère rigoureux du droit cambiaire. Celui-ci met à la charge du débiteur du titre des obligations strictes. Le législateur a voulu qu'il ne soit point tenu avec cette sévérité pendant longtemps, il a voulu que la vie de l'effet soit courte. Au bout d'un certain temps, il perd son efficacité, c'est une sorte de déchéance, mais l'article 179, alinéa 4, demeure alors difficilement compréhensible (Cf. Lescot et Roblot, t. I, n° 87 ; t. II, n° 712).

(2) Cass., 8 mai 1850, D. 1850, I, 158. 28 avril 1900, D. 1901, I, 17. Note Thaller, 12 novembre 1946, D. 47, J. 109, note P.L.P.S. 1947, I, 121, note Lescot. *R. T. D^e Com.*, 1949, p. 669.

(3) Notamment Lescot et Roblot, t. I, n° 87 ; t. II, n° 715, p. 180, 4°, n° 714, p. 178. Escarra, n° 1221. Ripert, Durand et Roblot, n° 1905. J. Percerou et J. Bouteron, t. I, n° 199. Lacour et Bouteron, n° 1131. Thaller et Percerou, n° 1563.

quier escompteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, qui a laissé prescrire son recours, peut tout de même demander au remettant de lui payer le montant nominal du titre de la garantie de la bonne fin.

b) *La survie de l'action fondamentale en matière de chèque.*

297. — C'est en matière d'escompte de chèque que l'action fondamentale en paiement présente le plus d'intérêt ; le délai de présentation du chèque en paiement est fort bref, le protêt est rarement dressé ; le délai de prescription est court. Il arrive donc fréquemment que le banquier escompteur soit déchu des recours cambiaux pour négligence ou par prescription.

— Privé du recours cambiaire, le banquier ne peut-il agir contre le remettant sur la base du contrat d'escompte et lui demander le paiement du chèque en vertu de la clause sauf encaissement ? Le problème n'offre aucune difficulté si le remettant à l'escompte est le tireur du chèque et si le non-paiement est dû à un défaut de provision. En effet, dans ce cas, le banquier, même négligent, dispose d'un recours cambiaire (art. 3, troisième alinéa, D.L. 30 octobre 1935), ce qui enlève toute utilité à l'action fondamentale ; et, même si le banquier a laissé prescrire ce recours cambiaire (prescription de six mois), il dispose aux termes de l'article 52, alinéa 4, d'une action à l'encontre du tireur remettant, qui se confond avec l'action née du rapport fondamental (1).

298. — Au contraire, le problème est particulièrement ardu lorsque le remettant est un endosseur (que le non-paiement soit dû au défaut de provision ou à la faillite du banquier tiré) ou même lorsque le remettant est encore le tireur, mais dans le cas uniquement où le non-paiement est dû à la défaillance du tiré.

Comme le note M. J. Savatier (2) « cette question de survie d'une action contractuelle au profit d'un porteur négligent privé de son recours cambiaire par la déchéance de la prescription demeure mal élucidée ». Quelles sont les solutions admises au cas où le chèque est transmis pour éteindre une obligation préexistante ? Doit-on les appliquer au cas de l'escompte ?

Avant le décret de 1935, la jurisprudence décidait que la négligence ou la prescription éteignait les actions cambiales, mais aussi les actions nées du rapport fondamental, sauf dans

(1) En ce sens, R. Houin, *R. T. D. Com.*, 1949, p. 674, n° 13.

(2) Note au D. 1955, p. 134.

le cas où l'impossibilité d'obtenir le paiement dans les délais était due à un fait imputable à l'endosseur (1). Le décret du 30 octobre 1935 n'a point éclairci la question, tout au contraire. Nous nous trouvons en présence de deux textes difficilement conciliables.

L'article 52, alinéa 4, permet d'affirmer que le porteur négligent ne dispose contre l'endosseur que d'une action d'enrichissement injuste (2).

L'article 62 permet d'affirmer que le porteur dispose toujours de l'action de la créance originaire puisque la négligence ou la prescription ne peuvent équivaloir à un paiement (3).

Deux interprétations sont possibles :

299. — a) Il semble logique de vouloir appliquer ces deux textes cumulativement (4); l'un n'exclut pas l'autre, car leur domaine et leur contenu diffèrent.

— L'action fondamentale (art. 62) ne s'adresse qu'à l'endosseur immédiat, seul lié au porteur par le contrat dont elle est issue; action contractuelle, elle peut être intentée même si l'endosseur immédiat n'est en rien à l'origine du non-paiement.

— L'action dite d'enrichissement injuste (art. 52, quatrième alinéa) (5) s'adresse à tous les obligés, y compris l'en-

(1) Cass. Req., 30 novembre 1938, D.H. 1939, 35; Cass. Civ., 16 décembre 1931, D.P. 1932, I, 38.

(2) Art. 52, 4^o alinéa, D.L. 30 octobre 1935 : « Toutefois, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision, ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement. »

(3) Art. 62, D.L. 30 octobre 1935 : « La remise d'un chèque en paiement, accepté par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence la créance originaire subsiste, avec toutes les garanties y attachées jusqu'à ce que ledit chèque soit payé. »

(4) En ce sens, voir : Escarra, n° 1248, p. 856; J. Percerou et Bouteron, *La nouvelle législation française et internationale de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque*, t. II, n° 56; *Enc. D.*, V^o Chèque, n° 252, J. Bouteron; Comp. Hamel, *Le nouveau régime du chèque en France*, n° 660. *Jurisprudence* : Cass., 8 janvier 1958, Bull. 1958, III, p. 14; *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 585, n° 12. Paris, 16 juillet 1952, *R. T. D^e Com.*, 1953, p. 150, n° 6, J.C.P. 1952, II, 7325, Motulsky; Paris, 18 octobre 1952, J.C.P. 52, II, 7298, obs. Cabrillac, *R. T. D^e Com.*, 1953, p. 149, n° 5. Limoges, 17 février 1958, J.C.P. 58, II, 10547, obs. H. Cabrillac, *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 355, n° 6. Ces arrêts attribuent à chaque article un domaine distinct. Ils recherchent s'il est possible d'appliquer l'article 52, alinéa 4 et ensuite l'article 62.

(5) L'enrichissement dont il est ici question, n'a rien de commun avec « l'enrichissement sans cause » que connaît le Droit Civil, et l'action de l'article 52, 4^o alinéa, n'a aucune parenté avec l'action « de in rem verso ». En effet, l'enrichissement en Droit civil n'est source d'obligation que dans la mesure où il est dépourvu de cause, le mot

dosseur immédiat. Son domaine est plus large mais ses conditions d'exercice sont plus rigoureuses : elle ne peut être intentée que dans la mesure où le non-paiement est dû ou à la faute ou même au simple fait de l'obligé poursuivi (1). C'est dans ce cas uniquement qu'il s'enrichit injustement. Le porteur doit donc disposer de deux types d'action :

1° De l'action fondamentale (art. 62) contre son endosseur immédiat ;

2° De l'action dite d'enrichissement injuste, contre tous les obligés, y compris l'endosseur immédiat. Mais, à l'encontre

cause désignant l'acte juridique en conséquence duquel un avantage a pu être procuré à une personne (Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit Civil*, T. II, n° 1270) ; or, en fait, le chèque ne circule jamais sans une telle cause, et l'endosseur ne peut jamais réaliser un enrichissement de cette sorte, et si, dans l'article 52, le législateur avait entendu viser l'enrichissement sans cause du Droit Civil, cette disposition resterait dépourvue de toute efficacité pratique. En ce sens J. Bouteron, « Le droit cambiaire et l'action subsidiaire dite d'enrichissement », G.P. 1956, I, Doct. p. 17.

En notre matière, il faut adopter une notion très simple de l'enrichissement : l'endosseur qui transmet un chèque par la suite impayé et qui conserve le bénéfice du contrat à l'origine de l'endossement s'enrichit alors que le porteur s'appauvrit de la prestation qu'il a fournie en contrepartie du chèque dépourvu de valeur.

(1) En ce sens : H. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, n°s 351 et 354, et notes au J.C.P. 1949, II, 4900 et 1952, II, 7298 ; Houin, *Obs. R. T. D^e Com.* 1949, P. 508 ; J. Savatier, note au D. 1955, J., 134.

M. J. Bouteron a soutenu que l'endosseur s'enrichit injustement par le seul fait qu'il transmet un chèque dépourvu de provision, même si le défaut de provision existe dès l'émission du titre. Cet auteur a fait valoir que « les dispositions de l'article 52 § 4, en ce qui concerne contre les endosseurs, se rattachent directement à l'article 17, alinéa 1^{er} du décret de 1935, suivant lequel la propriété de la provision est transmise par l'endossement » (Enc. Dalloz, *D^e Com. V^o Chèque*, n° 230). Si l'endosseur a transmis un chèque dépourvu de provision, il n'a pas respecté l'article 17, a manqué à ses obligations et par suite s'est enrichi injustement au dépens du porteur en lui remettant un instrument vide de substance.

La cour d'Orléans (2 février 1949, J.C.P. 1949, J., 4.900) a repoussé cette solution. L'admettre serait traiter les endosseurs comme le tireur qui n'a pas fait provision, alors que le texte précise que peuvent être poursuivis les « autres obligés qui se seraient *enrichis injustement* » ; cette dernière précision exclut un recours systématique contre tous les endosseurs qui ont transmis le chèque dépourvu de provision. De plus, l'article 17 n'a pas la portée qu'on lui prête : si la provision est transmise automatiquement au porteur, c'est là une garantie supplémentaire qui lui est offerte, mais il n'y a là pour l'endosseur aucune obligation de vérifier l'existence de la provision, il peut se fier à la régularité apparente du titre ; sa seule obligation est de garantir le paiement du chèque lors de la présentation au banquier tiré, et c'est précisément du bénéfice de cette garantie que se trouve déchu le porteur négligeant. On ne saurait faire revivre cette garantie sous le couvert de l'action dite d'enrichissement injuste.

C'est donc seulement dans le cas où le défaut de paiement est dû à une faute ou au fait de l'endosseur poursuivi, qu'il y a enrichissement injuste et que l'action de l'article 52 § 4^o est possible.

de ce dernier, cette action serait dépourvue d'intérêt en raison de la possibilité d'intenter l'action fondamentale.

Si l'on admet cette explication, parfaitement logique à notre avis, le banquier dispose toujours contre le remettant de l'action fondamentale en paiement, issue de la garantie de la bonne fin. Il suffit d'appliquer à l'escompte purement et simplement, sans rechercher une explication particulière, la solution générale.

300. — b) Mais telle n'est pas cependant la solution adoptée par une grande partie de la doctrine (1). Pour de nombreux auteurs, le législateur de 1935 a voulu confirmer la jurisprudence antérieure. Le porteur négligent, ou qui a laissé prescrire son recours, ne conserve l'action de la créance originaire contre l'endosseur que si le non-paiement du chèque est dû à une faute ou à un fait imputable à l'endosseur lui-même. En somme, l'action fondamentale prévue à l'article 62 doit, en cas de négligence ou de prescription, se plier aux conditions d'exercice prévues à l'article 52, alinéa 4 : démonstration d'une faute à la charge de l'endosseur ou d'un fait qui lui soit imputable. L'article 52 a le pas sur l'article 62.

L'application pure et simple de cette solution à l'escompte conduit au résultat suivant :

— Le banquier escompteur ne peut invoquer la garantie de la bonne fin que dans la mesure où le non-paiement du chèque ou de la perte des recours cambiaux sont dûs à la faute du remettant (2). Ainsi, par exemple, si la remise à l'escompte a eu lieu après l'expiration du délai de présentation, ou même à une date telle que le banquier ne pouvait matériellement présenter le chèque à l'encaissement en temps utile. Dans ces hypothèses, la faute commise par l'endosseur doit conduire à lui faire supporter le risque de non-paiement du chèque.

— Mais si le non-paiement n'est pas imputable à l'endosseur, le banquier est privé de son action fondamentale ; ainsi, dans le cas où le chèque transmis en temps utile a, dès l'origine, été dépourvu de provision.

(1) H. Cabrillac, *Le chèque et le virement*, nos 351 et 354, note au J.C.P. 1949, II, 4900 ; J. Becqué et H. Cabrillac, *R. T. D^t Com.*, 1958, p. 585, n° 12 *in fine* ; Houin, *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 506, n° 7 ; J. Savatier, note du D. 1955, p. 134, 2^e colonne ; Ferronnière, *op. cit.*, n° 78. Jurisprudence : Orléans, 2 février 1949, J.C.P. 1949, II, 4900, note H. Cabrillac ; Trib. Civ. de Villefranche-sur-Saône, 1^{er} décembre 1949, *R. T. D^t Com.*, 1950, p. 88, n° 7.

(2) Voir R. Houin, *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 506, n° 7 ; J. Savatier, note au D. 1955, p. 134.

Cette solution nous paraît contraire à la volonté des parties au contrat d'escompte. Même si l'on admet que l'article 52 a le pas sur l'article 62 (interprétation erronée à notre avis), il faut reconnaître au banquier escompteur la possibilité d'exercer l'action fondamentale, en dehors de toute faute du remettant (1). Le quatrième aliéna de l'article 52 n'est pas d'ordre public, la volonté des parties peut dicter une solution contraire : tel est le cas en matière d'escompte. Le remettant, par la clause sauf encaissement, se porte garant du paiement du titre à l'échéance. Il semble qu'il doive le payer même si le non-paiement n'est pas dû à sa faute, mais au défaut de provision ou à la faillite du banquier tiré.

Ainsi, quelle que soit l'interprétation des articles 52 et 62 du décret-loi du 30 octobre 1935, il faut admettre en matière de chèque comme en matière de lettre de change ou de billet à ordre, au cas de négligence comme au cas de prescription, la survie de l'action fondamentale en paiement du titre escompté.

Cette action sera évidemment dépourvue d'efficacité si :

1° Le non-paiement est dû à une faute du banquier escompteur (2);

2° La perte des recours du change cause un préjudice au remettant, comme nous allons le voir.

B. - LE MONTANT DE L'ACTION FONDAMENTALE EN GARANTIE, APRÈS LA DISPARITION DU RECOURS CAMBIAIRE

301. — Le remettant qui paie le banquier sur l'exercice de l'action fondamentale en garantie est en droit d'exiger la restitution de l'effet de commerce escompté. Mais, si le banquier a été négligent ou a laissé prescrire le recours cambiaire, il peut avoir causé par sa faute un grave préjudice au remettant en lui restituant un effet privé de recours efficaces contre les autres signataires qui lui doivent garantie.

Le remettant pourrait alors réclamer la réparation du dommage qu'il subit et compenser, jusqu'à due concurrence, son obligation de garantie et sa créance d'indemnité (3). Ainsi, la perte des recours cambiaires, tout en laissant la possibilité théorique d'agir en garantie sur la base du contrat d'escompte, peut aboutir à lui enlever en fait toute utilité pratique par la mise en jeu de la responsabilité du banquier. Comme l'écrit

(1) J. Percerou et Bouteron, *op. cit.*, t. II, n° 156.

(2) Voir *supra*, n° 290.

(3) Sauf, évidemment, si la perte des recours est due à la propre faute du remettant (présentation à l'escompte d'un chèque une fois le délai de présentation expiré).

M. Donadio (1), la perte de son droit est pour l'escompteur la sanction du préjudice qu'il a causé au remettant.

Mais il n'en sera ainsi que dans le cas où le remettant a subi un préjudice, et dans la mesure de ce préjudice. Il se peut, en effet, que la négligence du banquier ne cause aucun préjudice au remettant. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à compensation, et le banquier peut exercer son recours fondamental pour le tout. Il en sera ainsi dans les exemples suivants :

— Si le banquier a escompté l'effet de commerce au tireur lui-même, sa négligence ou la prescription annale le prive de son recours cambiaire à l'encontre du tireur qui a fait provision, mais laisse subsister ce recours à l'encontre du tiré. Le banquier pourra exercer son recours en garantie contre le remettant-tireur, car à l'égard de ce dernier les droits attachés au titre ne sont nullement amoindris : il peut toujours poursuivre le tiré et ne subit aucun préjudice. Cependant, si, par son inaction prolongée, le banquier a permis au tiré de se rendre insolvable, son retard à exercer son recours contre le tireur cause à celui-ci un préjudice dont l'importance viendra en diminution du recours fondamental en garantie. Le recours attaché au titre a perdu de son efficacité par la faute du banquier ; celui-ci en doit compte à son client.

— Si le banquier a escompté l'effet de commerce au bénéficiaire du titre, il peut également exercer à son encontre le recours fondamental en garantie, sans craindre d'en voir diminuer le montant dans l'hypothèse où le tireur n'a pas fait provision. Le remettant dispose en effet, à l'égard de ce dernier, d'un recours : il ne subit aucun préjudice du fait de la négligence du banquier. Il en serait de même si le tireur a fait provision, mais est d'une insolvabilité notoire, de sorte que la perte de son recours contre le tireur ne léserait en rien le remettant.

Il est évident que le préjudice que peut subir le remettant du fait de la perte des actions récursoires, est très difficile à évaluer. C'est une question de fait que trancheront souverainement les juges du fond. Le recours fondamental en garantie exercé dans ces conditions est très aléatoire pour le banquier escompteur et ne lui procure pas la même sécurité que le recours cambiaire.

(1) Donadio, *Lo sconto*, 1948, n° 18, p. 39 : « La perdita del suo diritto é per lo scontatore la sanzione del pregiudizio da lui recato allo scontatorio : vi é compensazione fra quanto lo scontatore ha diritto di avere a titolo di sconto e quanto deve dare a titolo di danno. » En ce sens, Lescot et Roblot, t. I, n° 88, p. 109.

Section II. — La garantie de l'existence de la créance escomptée ou des droits attachés au titre

302. — Lorsque le remettant garantit le paiement du titre ou de la créance escomptée, il importe peu de savoir si le non-paiement est dû à l'inexistence de l'engagement du débiteur ou à son insolvabilité. Du moment que le débiteur est défaillant, quelle que soit la cause de cette défaillance, le remettant doit s'acquitter à sa place.

Mais la garantie du paiement du titre (garantie de la bonne fin) n'est pas de l'essence de l'escompte, mais seulement de sa nature. Le banquier peut avoir une confiance absolue dans la valeur du titre et accepter d'en avancer le montant tout en renonçant à la garantie de son client.

Cette renonciation à la garantie du remettant ne doit s'entendre que de la garantie de la solvabilité du débiteur, car le banquier escompteur ne peut renoncer à la garantie de l'existence de la créance escomptée ou des droits attachés au titre escompté. Cette garantie est de l'essence de l'escompte, c'est là une différence importante avec l'achat.

— Dans l'achat, cette garantie de la créance cédée est due de plein droit. « Celui qui vend une créance ou un droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transfert, quoiqu'il soit fait sans garantie », dit l'article 1693. Cependant, ce texte n'est pas d'ordre public, et l'acheteur peut renoncer à la garantie de l'existence de la créance par une clause particulièrement explicite; il acquiert ainsi un droit litigieux, aléatoire, et réalise une opération de pure spéculation (1).

— Dans l'escompte, au contraire, le banquier ne peut renoncer à cette garantie et supporter l'aléa de l'existence de la créance escomptée ou des droits attachés au titre escompté. En effet, s'il acceptait cet aléa, il accomplirait une opération à caractère spéculatif nettement marqué, ce qui est exclusif de l'idée d'escompte, opération de crédit basée sur l'acquisition d'une valeur. L'existence de cet aléa, connu et accepté, est incompatible avec la confiance que le banquier doit avoir dans le paiement du titre. Pour avoir cette confiance, il faut que le banquier soit au moins certain de l'existence et de la validité de la créance escomptée, certitude que lui donne la garantie du remettant; toute renonciation à celle-ci est en contradiction avec le mécanisme de l'opération d'escompte. Il faut en conclure que dans toute opération intitulée escompte, ou présentant les caractéristiques de l'escompte, toute clause de « non garantie » ou de « forfait » doit s'entendre comme

(1) Voir l'article de M. Trasbot, *Enc. D. D^e Civ.*, V^e Version de créance, nos 489 et 490, et les références citées.

une renonciation à la seule garantie du remettant pour la solvabilité du ou des débiteurs du titre escompté, et non pas d'une renonciation à la garantie de l'existence et de la validité de leur engagement. Si, par une clause très explicite, le banquier a renoncé à cette garantie, l'opération considérée n'est pas un escompte, mais un achat.

303. — Lorsque l'escompte à forfait porte sur un effet de commerce, comme c'est toujours le cas en pratique, nous avons vu que le banquier escompteur pouvait exercer contre le remettant le recours cambiaire en garantie au cas où le non-paiement était dû à l'inexistence ou à un vice de l'engagement du débiteur du titre. Si ce recours cambiaire en garantie vient à disparaître pour cause de négligence ou de prescription, le banquier peut intenter une action en garantie de droit commun sur la base du contrat d'escompte. Le remettant ne saurait se retrancher derrière le principe de l'inopposabilité des exceptions pour soutenir que le vice qui entâchait l'engagement du tiré accepteur (ou d'un autre signataire) n'était pas de nature à nuire au porteur, puisque celui-ci ne pouvait se voir opposer l'exception correspondante, et qu'en réalité le non-paiement est dû à l'insolvabilité du débiteur, ce qui échappe à sa garantie. En effet :

1° Le principe de l'inopposabilité des exceptions est fait pour protéger le porteur, en l'espèce le banquier escompteur, et ne peut servir à un débiteur cambiaire pour le soustraire à ses obligations ;

2° Le vice qui entâche l'engagement du débiteur, notamment l'absence de cause, le défaut de provision, peut altérer la situation financière de ce débiteur et être la cause de son impossibilité de payer. En toute hypothèse, il justifie dans une certaine mesure sa réticence à s'acquitter.

Evidemment, si la négligence du banquier qui a laissé perdre les recours cambiaires, cause un préjudice au remettant, les dommages et intérêts dont il est redevable viendront en déduction du montant de son action en garantie.

CHAPITRE III

LE DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION PAR LA RÉSILIATION OU LA RÉOLUTION DU CONTRAT D'ESCOMPTE

304. — L'opération d'escompte se dénoue normalement par le paiement du titre lorsqu'il devient exigible. A défaut de paiement volontaire, le banquier exerce les actions attachées au titre ou celles sanctionnant la garantie de la bonne fin. Quelle que soit l'action exercée, le contrat d'escompte demeure, il ne disparaît pas de la scène juridique ; il s'agit, au contraire, d'assurer la pleine réalisation de ses effets en obtenant le paiement du titre escompté.

Mais l'opération d'escompte peut être dénouée avant que le titre ne devienne exigible, par l'anéantissement du contrat d'escompte : la base même de l'opération de crédit disparaît. Il ne s'agit plus d'assurer l'exécution complète du contrat d'escompte par le paiement du titre, mais au contraire d'effacer, sinon pour le passé, du moins pour l'avenir, les prestations déjà effectuées, c'est-à-dire le transfert du titre et la remise des fonds.

La résiliation du contrat d'escompte met fin à ses effets pour l'avenir ; c'est la pratique fréquente du retrait de l'effet escompté. La résolution anéantit le contrat d'escompte rétroactivement, tout au moins en théorie (1).

Section I. — La résiliation du contrat d'escompte

305. — Les parties, à un contrat, peuvent toujours s'entendre pour défaire ce que leur accord a créé (art. 1134, C. Civ.) ; en l'espèce, les effets du contrat d'escompte devaient normalement se produire jusqu'à l'échéance du titre, dont le paiement

(1) Sur la distinction entre la résiliation et la résolution, voir Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, nos 470 et 474.

devait assurer le dénouement de l'opération de crédit, mais banquier et remettant, par un nouvel accord, peuvent décider de mettre fin pour l'avenir à ces effets, et de dénouer prématurément l'opération de crédit : le banquier rendra l'effet escompté, le client sa valeur actuelle.

Comme toute résiliation, la résiliation du contrat d'escompte suppose l'accord des parties. L'une d'elles ne peut l'imposer à l'autre. Généralement, la banque est sollicitée par le remettant qui réclame l'effet escompté. On parle alors de retrait d'effet. Si, en théorie, le banquier peut refuser de déférer à cette demande, et exiger l'exécution normale, en fait il n'y a pas intérêt car la demande de retrait laisse mal augurer le paiement de l'effet à l'échéance, autant se débarrasser immédiatement et sans perte d'un effet devenu suspect. Les banquiers d'ailleurs ne manquent pas de rechercher les causes du retrait et d'en tirer tous les enseignements qui s'imposent sur la confiance que mérite leur client (1).

Cependant, le retrait peut être prévu par les parties dès l'origine de l'opération d'escompte, et le banquier a pu s'engager à y consentir. C'est le cas notamment dans l'escompte D, ou escompte en pension. Le retrait en fin de pension peut être facultatif pour le client ; si celui-ci laisse passer la fin de la pension sans reprendre l'effet, l'opération devient un escompte ordinaire. Il peut aussi être obligatoire : le banquier peut alors contraindre son client à reprendre l'effet et à lui en payer immédiatement la valeur actuelle (2), mais, le plus souvent, le banquier conserve les effets et l'opération demeure comme un escompte ordinaire.

306. — La résiliation supposant l'accord des parties, celles-ci sont libres de débattre les conditions de la résiliation, et notamment le montant de la somme qui doit être rendue au banquier escompteur. Le plus souvent, en pratique, le client restitue le montant nominal de l'effet moins l'agio correspondant au temps restant à courir jusqu'à l'échéance, et calculé d'après le taux pratiqué pour l'escompte de l'effet retiré. Par contre, les commissions restent acquises au banquier (3).

(1) Petit-Dutaillis, *Le risque du crédit bancaire*, n° 144.

(2) Hamel, L'aval en pension, *Rev. Banque*, 1957, p. 708, 1^{re} colonne 4.

(3) Sur cette pratique, Hamel, t. II, n° 1073, p. 837. En matière d'escompte en pension, il est ainsi procédé : « Lors de la remise à l'escompte, un premier décompte porte sur le nombre de jours qui restent à courir jusqu'à l'échéance des effets, puis à la date de restitution un nouveau décompte est fait au même taux, d'après le nombre de jours qui restent à courir. » Ferrounière et de Chillaz, n° 497, p. 463. Sur la pratique de la Banque de France en matière d'escompte, voir Terrel et Lejeune, p. 130.

Cette façon de procéder est très juridique et en harmonie avec les effets de la résiliation. On ne peut, en effet, invoquer l'article 152 du Code de Commerce, et calculer l'agio déduit sur le montant de l'effet d'après le taux officiel de la Banque de France. Il ne s'agit pas ici du paiement anticipé de l'effet escompté, hypothèse de l'article 152, mais de l'anéantissement du contrat d'escompte pour l'avenir. Le remettant est donc en droit de déduire du montant nominal de l'effet la part de l'agio qui lui a été retenue lors de l'escompte, et qui correspond au temps restant à courir jusqu'à l'échéance. Quant aux commissions, elles correspondent généralement à des frais déjà exposés ; la résiliation n'opérant que pour l'avenir, il est juste que les banquiers les conservent. La Banque de France, toutefois, d'après ce qui nous a été indiqué, exige le paiement du montant nominal de l'effet retiré, sans aucune déduction ; il est vrai qu'elle ne perçoit aucune commission lors de l'escompte ; il est donc raisonnable de la dédommager de ses frais par la rétention définitive du montant de l'agio.

307. — La restitution des fonds au banquier ne saurait être assimilée au paiement d'une dette non échue et, par suite, si elle est effectuée durant la période suspecte précédant la faillite du client, elle ne tombe pas sous le coup de l'inopposabilité de droit prévue par l'article 477 du Code de Commerce (art. 446 ancien). En effet, elle ne constitue en rien l'exécution anticipée de l'obligation de garantie assumée lors de l'escompte par le cédant. Le contrat d'escompte est résilié, ses effets doivent être effacés pour l'avenir ; chaque partie a l'obligation de restituer à l'autre ce qu'elle a reçu d'elle : en payant la valeur de l'effet qui lui est rendu, le client s'acquitte d'une dette exigible (1).

Cependant, la convention de résiliation peut tomber sous le coup de l'inopposabilité facultative de l'article 478 (447 ancien), dans le cas où le banquier connaissait l'état de cessation de paiements de son client et a eu pour but d'échapper à la loi du dividende en demandant et en obtenant la restitution des fonds avancés, alors que le non-paiement du titre s'avérait certain (2).

Section II. — La résolution du contrat d'escompte

308. — Le contrat d'escompte peut tout d'abord être résolu pour inexécution des obligations qui incombent à l'une des

(1) Cass. Civ., 22 juillet 1892, D. 1892, I, 462. (Cet arrêt, par ailleurs parfaitement motivé, assimile à tort le retrait à l'accomplissement d'une condition résolutoire. L'intérêt de la distinction est, il est vrai, plus théorique que pratique.) Hamel, t. II, n° 1073.

(2) Si l'effet retiré est payé à l'échéance entre les mains du client ou du syndic, la masse ne subit aucun préjudice.

parties. Ainsi, il est certain que le remettant peut agir en restitution de l'effet, si le banquier refuse de mettre à sa disposition le produit de l'escompte (1); inversement, le banquier peut agir en résolution du contrat si le remettant ne lui endosse pas l'effet escompté. En fait, il n'y a pas d'exemple d'inexécution totale du contrat d'escompte par l'une des parties : chacune d'elles accomplit toujours la prestation principale qui lui incombe, remise du titre ou des fonds. Plus concevables sont les cas d'inexécution partielle. Il se peut, en effet, que le contrat d'escompte ait mis à la charge de l'une des parties une obligation particulière : ainsi, le banquier a pu stipuler, lors du crédit d'escompte, ou dans le contrat d'escompte même, que les fonds remis seraient affectés à tel ou tel usage. Si le client ne respecte pas cette clause, le banquier est en droit, croyons-nous, de demander en Justice la résolution de l'escompte (2). Certes, si le client use des ressources de la procédure, le procès ne sera définitivement tranché qu'après l'échéance de l'effet, mais le banquier aura la possibilité, dès son action introduite, de demander au président du Tribunal de Grande Instance de saisir-arrêter les créances de son client.

On peut objecter, dans l'exemple cité, que l'obligation inexécutée n'est qu'accessoire et que cette inexécution partielle n'est pas de nature à justifier une résolution du contrat d'escompte dans son entier (3). Cependant, il faut prendre garde que l'opération d'escompte, comme toute opération de crédit, repose sur la confiance du banquier dans son client. Or, par son manquement à son obligation, aussi accessoire soit-elle, le client ne mérite plus cette confiance, c'est une des bases mêmes de l'opération qui s'effondre. C'est, croyons-nous, dans cet état d'esprit, en tenant compte de l'élément confiance, que les juges du fond doivent apprécier, en matière de crédit, si l'inexécution partielle doit entraîner la résolution du contrat.

Le banquier évitera d'ailleurs les aléas d'un procès, en stipulant que l'inexécution de ses obligations par le remettant entraîne de plein droit la résolution du contrat d'escompte.

(1) Voir *supra*, n° 179 et suivants.

(2) En pratique, la question de la résolution du contrat d'escompte se posera à propos d'une prorogation d'échéance ou d'un renouvellement de l'effet escompté. Lorsque la créance qui donne lieu au tirage est à une échéance de plus de trois mois, le banquier demande que l'effet émis ne soit qu'à trois mois d'échéance afin de pouvoir le réescompter, et peut s'engager expressément à proroger cette échéance, ou à renouveler l'effet de trois mois en trois mois, jusqu'au terme convenu. Si le remettant ne satisfait pas à ses obligations, le banquier refusera le renouvellement de la prorogation et agira en paiement du titre, il se verra opposer son engagement, mais pourra alors en demander la résolution pour cause d'inexécution.

(3) Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 524 et 527.

L'inexécution est prise comme une condition résolutoire conventionnelle.

309. — Le contrat d'escompte peut, en effet, être résolu par l'accomplissement d'une condition résolutoire ; comme le précise la Cour de Cassation « les parties sont libres de prévoir tel événement de leur choix... comme cause de résolution de leur opération d'escompte » (1). La clôture du compte courant est l'événement le plus souvent visé par le banquier (2). Rares en pratique, les conditions résolutoires sont généralement stipulées dans l'intérêt exclusif du banquier. Si la condition se réalise, il est libre de ne pas l'invoquer et de laisser l'opération d'escompte suivre son cours normal. Mais, dès qu'il l'invoque, le contrat se trouve résolu, de plein droit, automatiquement. La « propriété » de l'effet revient aussitôt au client qui devient immédiatement débiteur des fonds reçus. Evidemment, si le banquier n'a plus la propriété du titre, il n'est cependant pas obligé de s'en dessaisir, avant que le client n'ait exécuté son obligation ; il peut exercer sur le titre un droit de rétention, peu efficace il est vrai.

310. — La résolution a toujours un effet rétroactif, qu'elle soit judiciaire ou qu'elle résulte de l'accomplissement d'une condition résolutoire. Elle anéantit les effets du contrat, non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé. Théoriquement, il faut remettre les choses dans leur état antérieur, comme si l'opération d'escompte n'avait jamais eu lieu (3) : le banquier doit restituer le titre, le client les fonds reçus. Cependant cette dernière solution, appliquée à la lettre, est injuste pour le banquier. Ne recevant que les fonds déjà versés, il se trouve frustré de toute rémunération, alors qu'en fait il a été privé de ses capitaux, il a couru des risques, il a exposé des frais, et que le client a joui de la somme qui lui a été avancée ; il semble impossible de revenir complètement sur les prestations fournies, sous peine de consacrer un avantage injustifié pour le client ; les faits matériels ne peuvent s'effacer. Réalisant une opération de crédit qui nécessairement se déroule dans le temps, le contrat d'escompte se rapproche des contrats

(1) Cass. Civ., 14 octobre 1940 et 7 juillet 1942 ; D.C. 1943, 70, note A. Chéron. Ces deux arrêts ont été rendus à propos de la clause autorisant le banquier à contrepasser immédiatement dès la faillite du remettant. Nous verrons plus loin ce qu'il faut en déduire quant à la nature de la contrepassation (*infra*, n° 324). Sous les effets de cette clause (*infra*, n° 336).

(2) Voir un exemple à la *Revue Banque*, 1959, p. 668.

(3) Sur les conséquences de l'effet rétroactif en matière de contrepassation, voir *infra*, nos 403 et suivants.

à exécution successive ; il doit bénéficier, en la matière, des mêmes solutions. Il faut donc décider que sur ce point la résolution opère comme la résiliation, seulement pour l'avenir (1). Les solutions admises par la pratique en matière de retrait doivent s'appliquer ici encore : le client doit restituer au banquier, en sus des fonds effectivement reçus, le montant des commissions et l'agio correspondant au temps écoulé depuis la réalisation de l'opération d'escompte.

(1) *Traité pratique de Droit civil de Planiol et Ripert*, t. VII, n° 1039. I, du Garreau de la Méchénic. *Encyclopédie de Droit civil*, V° Condition, n° 62. Comp. Collin et Capitant par Juliot de la Morandière. *Traité de Droit civil*, t. II, n° 250.

TITRE III

DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTE DANS LE CADRE DU COMPTE COURANT

311. — Dans les rapports du banquier et du remettant, l'opération d'escompte peut se dénouer de plusieurs façons :

— Soit par le paiement du titre escompté, après que le banquier ait exercé son recours cambiaire ou son recours fondamental en garantie contre le remettant ;

— Soit par l'anéantissement prématuré du contrat d'escompte, par sa résiliation ou par sa résolution.

Lorsque l'escompte a eu lieu en compte courant, ces divers modes de dénouement peuvent se traduire par une inscription en compte (1). Ainsi, lors de l'escompte, le banquier a inscrit au crédit du remettant la créance que ce dernier avait à son encontre du fait de la transmission en toute propriété du titre escompté. A l'inverse, si le titre n'est pas payé à son échéance, le banquier a la possibilité, au lieu d'exercer directement son recours contre le remettant, d'inclure sa créance dans le compte courant en l'inscrivant au débit de son client.

Pour obtenir le paiement de l'effet, le banquier disposait à l'encontre du remettant d'un double recours : le recours cambiaire, né de l'endossement ; le recours de droit commun, né du contrat d'escompte, sanctionnant la garantie de la bonne fin. L'opération d'escompte pourra donc se dénouer par l'inscription au débit du remettant de la créance cambiaire du banquier ou de sa créance de droit commun.

(1) Lorsque le banquier est en compte courant avec le tiré (ou un autre signataire de l'effet), il peut inscrire sa créance au débit du tiré. Mais, par cette inscription en compte courant, le banquier perdra tous ses recours contre le remettant et les autres signataires, en raison de l'effet novatoire qui s'attache à toute inscription dans un compte courant en cours de fonctionnement. Cette inscription vaut paiement. Voir *infra*, p. 482, note 1.

De même, en cas de retrait d'effet, le banquier inscrira au débit de son client le montant de sa créance née de la résiliation du contrat d'escompte.

Lorsque le contrat d'escompte est résolu par la survenance d'une condition résolutoire dont les parties avaient affecté leur convention, cette résolution se traduira par une écriture au débit du remettant qui effacera, en la contrebalançant, l'écriture portée à son crédit lors de l'escompte.

312. — Ces diverses écritures au débit du remettant correspondent à des situations juridiques différentes : leurs conditions et leurs effets ne sont pas en tous points identiques ; cependant, elles portent toutes le nom générique de « contrepassation ». Lors de l'escompte, une écriture a été « passée » au crédit du remettant ; lors du dénouement, cette écriture est « contrepassée » à son débit, d'où le nom de contrepassation.

Cette expression fait image, mais elle est dangereuse et génératrice de confusion ; elle suppose un lien entre les deux écritures et peut laisser croire que la seconde est toujours une radiation de la première, alors qu'il n'en est ainsi que dans les cas de résolution ou d'annulation du contrat d'escompte. Dans les autres cas, il n'y a pas radiation de l'écriture figurant au crédit du remettant, mais inscription à son débit de la créance du banquier, née du non-paiement de l'effet ou de son retrait. Plutôt que de contrepassation, il faudrait parler de passation en compte. Le nom de contrepassation est, en vérité, le fruit de l'histoire ; de nombreux auteurs et une jurisprudence aujourd'hui abandonnée ont analysé, dans tous les cas, cette écriture au débit du remettant en une radiation d'une écriture antérieure, d'où le nom générique de contrepassation. Aussi nous faudra-t-il préciser tout d'abord la nature de la contrepassation, et réfuter cette doctrine trop absolue, avant d'étudier :

- La contrepassation, mode d'exercice du recours cambiaire ;
- La contrepassation, mode d'exercice du recours fondamental ;
- La contrepassation, traduction de la résiliation et de la résolution de l'opération d'escompte.

CHAPITRE I

LA NATURE JURIDIQUE DE LA COMPENSATION

313. — La nature juridique de la contrepassation a donné lieu à de vives controverses.

Lorsque le contrat d'escompte est résolu par le jeu d'une condition résolutoire, ou annulé pour un vice quelconque, il n'est pas douteux que l'écriture portée au débit du remettant soit la radiation de l'écriture portée antérieurement à son crédit. Résolue ou annulée, l'opération d'escompte est sensée n'avoir jamais existé et il faudrait logiquement effacer, barrer cette écriture. Mais aucune rature ne pouvant être faite sur les comptes de banque, cette résolution ou annulation se réalise nécessairement par une écriture en sens inverse au débit du remettant. Dans cette hypothèse, la nature juridique de la contrepassation est nettement déterminée et ne souffre aucune discussion.

314. — Mais, lorsque l'effet est simplement impayé à l'échéance, sans que le contrat d'escompte soit résolu ou annulé, la contrepassation n'est en réalité que l'inscription de la créance du banquier, née du non-paiement de l'effet, à l'encontre du remettant. C'est un mode particulier d'exercer le recours cambiaire, ou le recours de droit commun né du contrat d'escompte. Ce n'est pas la radiation d'une écriture antérieure, mais une écriture nouvelle. Il en est de même lorsque l'effet escompté est l'objet d'un retrait.

Pendant cette analyse a été et est encore contestée : même dans ces dernières hypothèses, la contrepassation est analysée en une radiation d'écriture antérieure, radiation traduisant l'anéantissement rétroactif du contrat d'escompte.

La question ne s'est posée qu'à propos du recours cambiaire, et non pas à propos du recours de droit commun, dont l'existence n'a pas encore été expressément reconnue par la doctrine et la jurisprudence. Quant à la créance du banquier, née du retrait de l'effet, la question n'a jamais été abordée,

car le retrait fait généralement l'objet d'un accord entre banquier et remettant, ce qui évite toute difficulté.

Cependant les questions sont liées. Si on admet que, lorsque le titre est impayé, la contrepassation n'est pas autre chose que l'inscription en compte courant de la créance cambiaire du banquier, il faut admettre que la créance issue de la garantie de la bonne fin peut être aussi inscrite en compte courant, et il n'y a pas de raison pour en décider différemment au cas de retrait d'effet. Les questions sont d'autant plus liées que les auteurs et la jurisprudence qui ont vu dans la contrepassation la radiation d'une écriture antérieure, se sont basés sur la clause « sauf encaissement », entendue comme une condition résolutoire, clause dont nous avons déduit précisément l'existence de la garantie de la bonne fin due par le remettant et d'un recours de droit commun assurant sa sanction.

Il est donc particulièrement intéressant de déterminer le rôle de la clause sauf encaissement en matière de contrepassation, et de montrer que celle-ci n'est que l'inscription en compte de la créance du banquier à l'encontre du remettant.

Section I. — La doctrine

315. — De nombreux auteurs ont estimé qu'il était impossible de voir dans la contrepassation un mode particulier du recours du change à l'encontre du remettant.

En effet, disent ces auteurs, si cette conception peut justifier parfaitement la contrepassation lorsque le compte courant fonctionne encore, elle ne peut rendre compte du droit du banquier de contrepasser après la faillite du remettant. La survenance de cette faillite entraîne la clôture du compte, et, selon la doctrine classique, aucune créance ne peut plus y être inscrite. Or, il faut pouvoir contrepasser même après faillite : c'est dans cette hypothèse que la contrepassation revêt pour le banquier le maximum d'utilité. Mais, s'il est impossible d'introduire dans le compte une créance nouvelle, il n'est point interdit de rectifier le compte en effaçant un article qui y figure à tort à la suite d'une annulation. Aussi a-t-on analysé la contrepassation comme l'annulation de l'article porté au crédit du remettant lors de l'opération d'escompte.

Cette doctrine a cru trouver un appui solide dans la clause « sauf encaissement ». Une grande majorité des auteurs a interprété cette clause comme une condition résolutoire, la somme escomptée n'étant portée au crédit du remettant que sous la condition du paiement de l'effet à l'échéance. Mais, partant des données de la pratique, la doctrine a élaboré divers systèmes pour justifier cette clause, et par là le droit de contrepasser.

Première théorie : la contrepassation est une application de l'article 1184 du Code civil.

316. — Thaller (1) justifie la contrepassation par le jeu de l'article 1184 qui prévoit la résolution des conventions synallagmatiques au cas où l'une des parties n'exécute pas son obligation. Le client qui aurait remis un effet sans valeur n'aurait pas exécuté l'obligation qu'il avait assumée lors de l'opération d'escompte. Le défaut de paiement aurait pour conséquence de produire la résolution de l'opération d'escompte, résolution qui se traduirait, sur le plan comptable, par une contrepassation d'écriture.

Cette théorie ne peut être retenue (2). L'application de l'article 1184 exigerait que la contrepassation soit subordonnée à une résolution judiciaire du contrat d'escompte. Une telle exigence est tellement contraire à la pratique de l'escompte en compte courant, qu'elle suffirait à faire écarter la théorie de Thaller.

Mais, de plus, cette théorie nous semble reposer sur une analyse défectueuse du contrat d'escompte. A notre avis, le cédant s'est bien engagé à garantir le paiement de l'effet à un double titre, en vertu de l'endossement et également en vertu du contrat d'escompte ; le banquier a consenti à payer par anticipation le montant de l'effet à la condition que son client lui en garantisse le paiement à l'échéance. Si, à cette date, l'effet escompté n'est pas payé, le banquier fera jouer cette double garantie, mais, manifestement, exercer une garantie n'est point demander la résolution du contrat. Il n'y a point d'ailleurs inexécution de son obligation par le remettant : il ne s'était pas engagé à ce que l'effet soit payé par le tiré, il s'était engagé à le payer lui-même en cas de défaillance du tiré. Il n'y a point lieu à résolution pour défaut d'exécution, mais à action en garantie, et selon nous, la contrepassation n'est que l'exercice particulier de cette action.

Deuxième théorie : la contrepassation est une simple application de la notion de cause.

317. — C'est le système de MM. Lyon-Caen et Renault (3). Le crédit accordé au remettant lors de l'opération d'escompte doit avoir pour cause une valeur réelle, or « le défaut de paiement de l'effet escompté vient prouver qu'en réalité aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine du récepteur. Le crédit

(1) Thaller, note sous Montpellier, 19 janvier 1899, D. 1901, II, 289 ; Thaller et Percerou, t. II, 1, 667.

(2) Cf. Hamel, t. I, n° 405, p. 631 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 19.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 811. Dans le même sens Feitu, n° 138 à 142.

n'a donc pas de cause, il est nul comme l'est une obligation sans cause (art. 1131), il peut être supprimé aussi bien que si l'effet était reconnu faux. » La contrepassation ne serait donc que la traduction comptable de cette annulation pour défaut de cause.

Cette théorie, qui diffère assez peu de la précédente (1), ne saurait être admise (2). En effet, du jour de l'opération d'escompte, le crédit accordé au remettant avait une cause licite et réelle, l'effet représentait une valeur. Les possibilités de réescompte dont disposait le banquier en sont la meilleure démonstration. Et même si l'effet est impayé à l'échéance, il conserve tout de même une certaine valeur pour le banquier en raison des recours cambiaux ouverts contre les différents signataires.

Troisième théorie : la contrepassation est le résultat d'une clause conventionnelle résolutoire.

318. — De nombreux auteurs (3) ont voulu serrer de plus près les dispositions de la pratique, et ont justifié la contrepassation par le jeu d'une clause résolutoire conventionnelle : la clause « sauf encaissement » ou « sauf bonne fin ».

Selon certains auteurs (4), cette condition résolutoire affecterait l'opération d'escompte tout entière (5). En cas de non-paiement, comme dans les deux premières théories, le banquier serait obligé de restituer l'effet contrepassé au remettant. Or nous verrons qu'il n'en est pas toujours ainsi, notamment en cas de faillite de ce dernier.

Selon d'autres auteurs (6), la condition résolutoire affecterait uniquement l'inscription en compte courant et non

(1) Il est admis que la « résolution » pour inexécution, prévue par l'article 1184, n'est qu'une annulation pour défaut de cause.

(2) Cf. Hamel, t. I, n° 406, p. 632 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 20.

(3) R. Percerou, article dans *Enc. Dalloz, D^t Com.*, V° Compte courant, n° 98 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1483 ; Wahl, n° 1781 ; Marty, *Annales D^t Com.*, 1931, p. 101, n° 10 ; Marais, *op. cit.*, n° 17, l'auteur parle d'une condition suspensive, mais raisonne en fonction d'une condition résolutoire ; Levillain, note au D. P. 1911, 337 ; Clément, *Etudes sur le compte courant*, 1889, n° 55 ; Percerou et Desserteaux, II, n° 850, ces auteurs évoquent également l'article 1184 ; Dubruel, *Compte courant et Faillite in Mélanges Huvelin*, p. 131. Nombreuses thèses : Dietz, Paris, 1869 ; Cholat, Lyon, 1927, p. 57 ; Arnal, Montpellier, 1928, p. 53 ; Delpirou, Rennes, 1929, p. 9 ; Le Thierry d'Ennequin, Paris, 1935, p. 134 ; Mallarmé, Paris, 1937, p. 61 ; Roche, Grenoble, 1939, n° 53.

(4) Lacour et Bouteron, t. II, n° 1488.

(5) Pour la critique de ces analyses, voir *supra*, nos 67 et suiv.

(6) Percerou, *Enc. Dalloz, D^t Com.*, V° Compte courant, n° 98 ; J. Percerou et Desserteaux, t. II, 850 bis.

l'opération d'escompte dans son ensemble. La réalisation de la condition ferait disparaître l'inscription au crédit du remettant sans toucher à la transmission de la propriété de l'effet au banquier escompteur. Le compte courant est intervenu pour assurer le règlement de la créance du remettant, née de l'opération d'escompte, par l'inscription d'un article à son crédit : la contrepassation serait l'exclusion de cette créance du mode particulier de règlement qu'est le compte courant. Mais, dès lors, le banquier resterait redevable de la somme escomptée. Il devrait compenser cette dette avec la créance cambiaire née du non-paiement de l'effet. Une telle conséquence est absolument étrangère à la pratique bancaire et aux solutions de la jurisprudence (1).

Quatrième théorie : la contrepassation est un mode particulier d'exercice du recours cambiaire.

319. — L'analyse de la clause *sauf encaissement* en une condition résolutoire nous paraît contraire à la volonté des parties à l'opération d'escompte (2). Le droit commercial est un droit de praticiens qui s'est construit en dehors du droit civil, d'une façon autonome. Le contrat d'escompte reflète cette autonomie. Les contractants n'ont point cherché à appliquer à leur convention les institutions parfois compliquées du droit civil, et notamment le mécanisme de la condition résolutoire avec effet rétroactif. Leur volonté est beaucoup plus simple et directe.

L'escompte est une opération de crédit qui repose sur la confiance du banquier envers le remettant. Cette confiance a pour base l'engagement que prend ce dernier de payer le titre escompté en cas de défaillance du débiteur principal. La clause *sauf encaissement* exprime, sous une terminologie défec- tueuse, cette garantie du remettant, garantie de droit commun qui se double de la garantie cambiaire née de l'endossement du titre. Entendue en ce sens, la clause *sauf encaissement* est de la nature de l'escompte, qu'il soit ou non pratiqué en compte courant. Dès lors ne joue-t-elle aucun rôle en matière de contrepassation comme l'ont prétendu certains auteurs (3) et fonde-t-elle uniquement le recours fondamental en garantie ? Il est parfaitement possible d'expliquer toutes les conditions et les effets de la contrepassation sans recourir à la clause *sauf encaissement*, en se référant uniquement aux principes qui animent le compte courant et l'escompte. Cependant, dans

(1) Voir les conclusions de M. l'avocat général Charbonnier, sous Rouen, aud. sol. 1^{er} juillet 1958. *J. C. P.* 1958, II, 10725.

(2) Voir *supra*, n^{os} 67 et suivants.

(3) Hamel, t. I, n^o 407, p. 635.

l'escompte en compte courant, la clause sauf encaissement nous paraît traduire une volonté supplémentaire des parties. Elle prévoit, en quelque sorte, l'application du parallélisme des formes (1).

320. — Le banquier et son client ont convenu de régler toutes leurs créances réciproques dans le cadre du compte courant. La créance du remettant, lors de l'opération d'escompte, a été portée à son crédit. N'est-il pas raisonnable de penser que les parties ont entendu que la créance du banquier pourrait être réglée par la voie d'une inscription en compte ? A notre avis, ce qu'exprime également la clause sauf encaissement, c'est la possibilité ultérieure pour le banquier d'inclure sa créance dans le compte courant ; la contrepassation n'est pas autre chose que l'exercice de cette possibilité.

La clause sauf encaissement a donc un double sens (2) :

— Un sens général, elle exprime la garantie donnée par le remettant que le titre escompté sera payé à l'échéance, elle est une des bases de la confiance du banquier. Elle est de la nature de l'escompte ;

— Un sens plus précis qui, loin d'exclure le sens général, le suppose nécessairement, mais qui concerne uniquement l'escompte en compte courant. Elle exprime la volonté des parties de réserver au banquier la possibilité ultérieure d'inclure dans le compte courant sa créance cambiaire ou sa créance de droit commun en paiement du titre.

Le banquier, en raison des avantages qui s'attachent au recours cambiaire, a intérêt à exercer d'abord celui-ci ; aussi la contrepassation est-elle avant tout l'incorporation du recours du change dans le compte courant.

Cette définition de la contrepassation, mode particulier d'exercer le recours cambiaire, a rallié de nombreux auteurs (3). Seule elle permet de justifier ses conditions d'exercice et ses effets. Une analyse de la volonté des parties permet de

(1) Sur l'intérêt de cette analyse, voir *infra*, n° 355.

(2) Sur l'intérêt de cette analyse, voir *infra*, n° 355.

(3) Hamel, t. I, n° 407 ; Ripert, par Durand et Roblot, t. I, n° 1851 ; Escarra, *Cours de Droit commercial*, n° 1359 ; J. Argenson, G. Toujas et J. Dutheil, n° 386 ; Juliot de la Morandière, R. Rodière, R. Houin, *Précis Dalloz de Droit commercial*, n° 633 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 20 et note au *J. C. P.* 1958, 10547 ; J. Savatier, note *Dalloz* 1954, 657, et D. 1955, 134 ; Goré, note D. 1955, p. 188 et 365 ; Lescot, note au *J. C. P.* 1957, II, 9831 ; Gabolde, *J. C. P.*, éd. Ci. 1943, I, 355 ; Chéron, note au D. C. 1943, 70. *Thèses* : Brun, Paris, 1899, p. 75 ; Huet, Paris, 1938, p. 111 ; Ph. Neel, Paris, 1956, n° 102 et suivants, et note au D. 1957, p. 290 ; Pajot, Paris, 1891, p. 135 et suivantes. La Commission de réforme a adopté cette conception, *Travaux*, t. IV, p. 297 et suivantes.

repousser les objections qui lui ont été adressées (1). Elle est consacrée par la jurisprudence actuelle.

Section II. — La jurisprudence

321. — La jurisprudence a varié.

1° Lorsqu'en 1852, la Cour de Cassation a admis, d'une manière définitive, la possibilité de contrepasser l'effet impayé, elle a fondé ce droit à la contrepassation sur le jeu de la clause sauf encaissement entendue comme une condition résolutoire affectant uniquement l'article inscrit au crédit du remettant.

Les termes employés par la Cour Suprême ne laissent aucun doute à cet égard. Ainsi, dans l'arrêt du 10 mars 1852 (2), elle s'exprime de la façon suivante : « Attendu que, suivant les usages du commerce, le crédit du remettant n'est que provisoire et *conditionnel* jusqu'à l'encaissement » ; de même, dans l'arrêt du 5 février 1861 (3), elle ne manque pas de souligner que la clause sauf encaissement est une véritable condition résolutoire. Dans un arrêt du 10 janvier 1872 (4), on peut relever : « Attendu que cette banque n'a fait que se conformer à l'usage admis en matière de compte courant et à une *condition* qui doit être réputée sous-entendue, alors même qu'elle n'aurait pas été expressément stipulée. »

L'arrêt du 19 novembre 1888 (5) donne à cette jurisprudence sa forme définitive. La clause « sauf encaissement », toujours sous-entendue, n'affecte que l'article de crédit, elle doit s'appliquer sans enlever au créancier la propriété des effets dont il a été investi par l'endossement lors de l'opération d'escompte.

Aucun lien n'est établi entre le recours cambiaire du banquier et la contrepassation. Les deux institutions sont absolument indépendantes. Par la contrepassation, c'est la créance du remettant qui disparaît par suite de la réalisation de la condition résolutoire, et non pas sa dette cambiaire, née du même événement, le non-paiement de l'effet, qui est portée à son débit.

(1) Sur la possibilité de contrepasser après la clôture du compte, voir *infra*, n° 348.

(2) D. P. 1852, I, 77 ; S. 1852, I, 258. Cependant, dans un arrêt antérieur, Req. 15 mars 1848 ; D. P. 1848, I, 179, la Cour de Cassation avait défini la contrepassation comme un recours en garantie « encore bien que déguisé sous le nom d'annulation de crédit ».

(3) D. P. 1861, I, 313 ; S. 1861, I, 491.

(4) S. 1872, I, 25.

(5) D. 1889, I, 409 ; S. 1889, I, 159.

322. — 2° Mais deux arrêts du 19 mars 1930 marquent une étape dans l'évolution de la jurisprudence. Les exigences toujours plus grandes des banquiers ont amené la Cour de Cassation à lier la possibilité de contrepasser et la naissance de la dette cambiaire du remettant.

Les banquiers avaient émis la prétention de contrepasser au jour de la faillite du remettant tous les effets escomptés en leur possession, même ceux qui n'étaient pas encore échus.

Pour rester fidèle au système de la condition résolutoire conventionnelle, la Cour de Cassation aurait dû rechercher quel était, dans l'intention des parties, l'événement dont la réalisation devait entraîner la résolution du crédit accordé au remettant. Est-ce la survenance de la faillite ou le non-paiement de l'effet à l'échéance ? Et la Cour Suprême aurait pu repousser la prétention des banquiers en interprétant la clause sauf encaissement et en constatant que la condition était le défaut de paiement à l'échéance : tant que cet événement n'était pas réalisé, la contrepassation était impossible (1). Ainsi posé et résolu, le problème eût été placé sur son véritable terrain. Mais, dans les deux arrêts du 19 mars 1930 (2), la Cour de Cassation a abandonné ce terrain de la condition résolutoire et a subordonné la contrepassation à la naissance de la dette cambiaire du remettant endosseur. « ... Attendu que si, en matière de compte courant, le montant des traites endossées par l'une des parties à l'autre, n'est inscrit au crédit de l'endosseur que « sauf encaissement », cette règle, sous-entendue entre les parties, ne saurait avoir pour effet de transformer en une dette à terme, une *dette sous condition suspensive*, que tel est bien en effet le caractère de la dette de l'endosseur, obligé de rembourser le montant des traites endossées par lui, dans le cas où elles ne seraient point payées, puisque cette obligation est subordonnée à la réalisation d'un événement constituant dans le non-paiement de ces traites, lequel ne peut se produire qu'à leur échéance à moins que les tirés ne soient eux-mêmes déclarés en faillite avant cette date. » Si la Cour de Cassation avait vu dans la contrepassation la résolution de la créance du remettant, on ne voit pas pourquoi elle aurait insisté sur la naissance de sa dette cambiaire. Ces arrêts ne peuvent se comprendre que si la contrepassation est l'inscription dans le compte courant de la dette cambiaire du remettant, ou, ce qui revient au même, un mode d'exercice du recours du change du banquier.

(1) M. Marty a clairement exposé cette question, *Annales de Droit commercial*, 1931, n° 17, p. 109.

(2) S. 1931, I, 133, D. H. 1930, 225 ; D. P. 1930, I, 119, note A. Chéron.

323. — 3° Cependant, les révolutions juridiques ne se font pas en un seul jour, les constructions nouvelles ne se dégagent pas d'un seul coup, elles traversent souvent une période de gestation faite d'incertitudes et de solutions contradictoires. Plusieurs secousses sont nécessaires pour faire éclater le moule d'une technique juridique périmée. Ainsi, après avoir considéré le 19 mars 1930 la contrepassation comme une inscription en compte courant de la dette cambiaire du remettant endosseur, la Cour de Cassation est-elle revenue à sa première conception. L'arrêt du 10 mai 1937 (1) reproduit exactement celui du 19 novembre 1888. L'arrêt du 5 novembre 1937 (2) marque d'une façon plus nette encore le retour aux conceptions anciennes.

324. — 4° Cependant, le problème tranché le 19 mars 1930 allait se poser à nouveau avec plus d'acuité encore. Pour remédier à la solution des arrêts du 19 mars 1930, les banquiers ont inséré dans les conventions du compte courant, ou dans les contrats d'escompte, une clause permettant de contrepasser tous les effets, échus ou non, dès la faillite du remettant. La clause était expresse, le débat allait se dérouler dans son véritable cadre.

Cette clause avait la même nature juridique que la clause sauf encaissement telle que l'analysait la jurisprudence antérieure. Dans les deux cas, seul l'article, inscrit au crédit du remettant, était affecté d'une condition résolutoire ; seul l'événement conditionnel était différent : dans l'un, c'était la survenance de la faillite du remettant ; dans l'autre, le défaut d'encaissement à l'échéance. La réalisation de ces deux conditions aurait dû produire des effets identiques : résoudre l'article de crédit tout en laissant subsister la propriété de l'effet escompté entre les mains du banquier, comme l'admettait l'arrêt du 19 novembre 1888.

La Cour de Cassation, par son important arrêt du 14 octobre 1940 (3), a admis la validité d'une telle clause et autorisé la contrepassation, *mais celle-ci entraîne la résolution de*

(1) S. 1937, I, 256 ; G. P. 1937, II, 286. Voir également Civ. 28 juillet 1937, S. 1937, I, 383 ; D. P. 1939, I, 10 ; Chéron, G. P. 1937, II, 702.

(2) S. 1938, I, 294 : « ... qu'à l'égard de ceux de ces effets n'étant arrivés à leur échéance qu'à une date postérieure à celle de la mise en faillite, le banquier récepteur conservait son droit de *contrepassation justifiée par la défaillance de la condition dont la remise avait été assortie*, cette opération d'écriture ne faisant entrer en compte aucun élément nouveau. »

(3) D. C. 1943, 70, note Chéron ; S. 1940, I, 57 ; G. P. 1940, II, 261. Cet arrêt lie la possibilité de contrepasser à la possibilité d'exercer les recours cambiaux plus fortement encore que ne l'avaient fait les arrêts de 1930.

l'opération d'escompte dans son ensemble, et oblige le banquier à restituer les effets au remettant. Que pouvait-on déduire de cette décision ? Trois opinions pouvaient être soutenues :

1° Certains auteurs (1), se basant sur l'identité juridique des deux clauses, ont conclu à l'abandon de la solution de l'arrêt du 19 novembre 1888 : dans tous les cas la contrepassation entraîne la résolution de l'opération d'escompte et le banquier perd la propriété de l'effet.

Mais un arrêt postérieur, du 22 juillet 1942 (2), a maintenu la solution de l'arrêt du 19 novembre 1888 : au cas de contrepassation pour défaut de paiement à l'échéance, le banquier conserve la propriété de l'effet.

2° Se trouvait-on dès lors en présence d'un « système dualiste » quelque peu contradictoire (3), la contrepassation ayant dans certains cas une vertu résolutoire qu'elle n'aurait pas dans d'autres ? Si vraiment la clause sauf encaissement et la clause de contrepassation anticipée au jour de la faillite sont toutes deux des clauses résolutoires, un tel arbitraire est inadmissible.

3° Force est donc de reconnaître que les deux clauses n'ont pas la même nature juridique. La clause de contrepassation au jour de la faillite est bien une clause résolutoire, l'arrêt le dit expressément, mais il n'en est pas de même de la clause sauf encaissement. Cette dernière signifie seulement que le remettant n'est pas libéré de toute obligation, qu'une question de garanties demeure en suspens, et que l'exercice de ces garanties peut s'effectuer par voie d'inscription en compte. Cette opinion est corroborée par le texte même de l'arrêt : la Cour de Cassation prend soin de préciser que les effets de la contrepassation des traites échues et impayées sont fondés sur la solidarité qui lie les divers signataires et la théorie des coobligés en matière de faillite, ce qui suppose nécessairement que la contrepassation est en réalité la passation en compte de la créance cambiaire du banquier, car c'est à cette seule condition qu'un lien de solidarité peut unir le remettant

(1) M. Nast, *La Jurisprudence et la Contrepassation des effets impayés en matière de compte courant*, J. C. P. 1941, 218, *in fine* : « ... puisque contrepasser c'est résoudre... il n'est pas impossible que la Cour de Cassation se rallie un jour prochain, dans l'hypothèse où la convention de compte courant ne contient aucune stipulation relative à la contrepassation, à l'opinion des auteurs qui décident que la contrepassation entraîne toujours la résolution de la propriété de l'effet. »

(2) D. C. 1943, 70, note A. Chéron.

(3) A. Brun, *La contrepassation des effets de commerce en cas de faillite du remettant*, J. C. P. 1941, I, 206.

débiteur du solde du compte et les autres signataires débiteurs de l'effet (1).

325. — Dans son arrêt du 25 janvier 1955 (2), la Cour de Cassation, pour déterminer les effets de la contrepassation, recherche si celle-ci équivaut au paiement de l'effet. N'est-ce pas reconnaître que la contrepassation est l'inscription en compte courant de la créance cambiaire du banquier ? Certaines Cours d'Appel se montrent plus affirmatives encore (3). L'évolution jurisprudentielle est ainsi arrivée à son terme.

326. — Il existe donc deux sortes de contrepassation qu'il faut se garder de confondre :

— L'une, faussement dénommée contrepassation, qui n'est en réalité que la passation en compte d'une créance déterminée, résultat d'une opération antérieurement portée en compte, en l'espèce la créance cambiaire ou bien la créance née de la garantie de la bonne fin, ou encore du retrait de l'effet escompté.

— L'autre, simple radiation d'une écriture antérieure, qui traduit l'annulation ou la résolution d'une opération précédemment portée en compte, en l'espèce l'annulation ou la résolution de l'opération d'escompte.

La contrepassation, mode d'exercice du recours cambiaire, nous retiendra très longtemps en raison de son importance pratique considérable. Nous étudierons, avec plus de minutie possible, ses conditions et ses effets ; cette étude nous permettra de traiter beaucoup plus brièvement les autres types de contrepassation.

(1) En invoquant de façon expresse l'art. 542 C. Com., la Cour de Cassation a condamné sans équivoque la théorie qui voit dans la contrepassation la radiation d'une écriture antérieure par le jeu de la clause résolutoire sauf encaissement (*supra*, n° 318). Si l'on admet cette théorie, il ne peut en effet exister aucun lien entre la créance du solde et la créance cambiaire : H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 49, Huet, p. 174. Les tenants de cette théorie le reconnaissent eux-mêmes : G. Marty, *Ann. D. Com.*, 1931, n° 26.

(2) J.C.P. 1955, II, 8547, note H. Cabrillac ; D. 1955, 285, note Ph. Neel ; voir également l'arrêt du 19 décembre 1956, dont les deux derniers attendus sont très explicites. D. 1957, 287, G. P. 1957, I, 234.

(3) Limoges, 17 février 1958, J.C.P. 1958, II, 10547, note H. Cabrillac : « ... Le recours du récepteur n'est fondé que sur la garantie du recours du change qui s'exerce par la contrepassation. » Rouen, 1^{er} juillet 1958, J. C. P. 1958, II, 10725, avec les conclusions de M. l'avocat général Charbonnier. D. 1958, 706. Cependant, la Cour de Paris (20 janv. 1949, D. 1949, 188 ; 5 av. 1954, J. C. P. 1954, IV, p. 92) se réfère encore à la clause sauf encaissement entendue comme une condition résolutoire d'un crédit provisoirement accordé.

CHAPITRE II

LA CONTREPASSATION MODE D'EXERCICE DU RECOURS DU CHANGE

Section I. — Conditions de la contrepassation (1)

327. — Les conditions de la contrepassation sont déterminées par sa nature même. Elles dépendent à la fois du recours cambiaire et du mécanisme du compte courant puisqu'elle n'est point autre chose que ce recours exercé par voie d'inscription en compte courant.

Il faut donc distinguer :

- les conditions tenant au recours cambiaire (2);
- les conditions tenant au mécanisme du compte courant.

Sous-section I. — Conditions de la contrepassation tenant au recours cambiaire

La contrepassation se modèle étroitement sur le recours cambiaire dont elle est la traduction, tant en ce qui concerne sa possibilité que son montant.

I. - LA POSSIBILITÉ DE CONTREPASSER EST LIÉE A L'EXISTENCE DU RECOURS CAMBIAIRE

328. — On a coutume de dire que la possibilité de contrepasser est subordonnée à la condition du non-paiement de l'effet

(1) Désormais, dans ce chapitre, pour alléger la phrase, nous désignerons la « contrepassation, mode d'exercice du recours du change », par le seul mot : contrepassation.

(2) Logiquement, il devrait suffire de renvoyer aux conditions d'exercice du recours cambiaire. Il est cependant intéressant de montrer, en la matière, les conséquences des diverses conceptions de la contrepassation et la position de la jurisprudence.

escompté venu à échéance. Certes, dans la généralité des cas, le non-paiement à l'échéance ouvrira un recours au profit du banquier escompteur en compte courant et autorisera la contrepassation. Cependant, le non-paiement de l'effet à son échéance n'est pas une condition suffisante et nécessaire de la contrepassation.

— Il ne suffit pas que l'effet soit impayé à l'échéance, il faut encore que le recours du change appartienne à l'escompteur contre le remettant. L'effet étant impayé, il se peut que le banquier n'ait plus de recours contre le remettant.

— Il n'est pas nécessaire d'attendre l'échéance et le non-paiement pour contrepasser, dans la mesure où un recours anticipé est possible.

Il est plus exact de dire : le banquier doit avoir la possibilité d'exercer le recours contre le remettant ; il peut contrepasser dès la naissance de son recours. La deuxième proposition est une simple application de la première, mais elle mérite une étude particulière.

A. - LE BANQUIER DOIT AVOIR LA POSSIBILITÉ D'EXERCER LE RECOURS CAMBIAIRE

329. — Ainsi il est admis en doctrine que la contrepassation est impossible lorsque, pratiquant l'escompte à forfait, le banquier a renoncé à son recours cambiaire (1). Il en est de même si le recours est paralysé par une exception ; le remettant, ou son syndic, pourrait demander l'annulation de la contrepassation effectuée à tort ; de même lorsque le banquier escompteur est déchu de son recours en raison de sa négligence ou de la prescription. La Cour de Cassation a admis implicitement cette dernière solution dans un arrêt du 27 janvier 1941 (2). M. A. Chéron, dans sa note, écrit : « De ce lien indissoluble entre le droit de contrepasser et celui d'actionner les garants, l'arrêt du 27 janvier 1941 déduit cette nouvelle conséquence que, si le récepteur porteur des effets, faute d'avoir fait dresser protêt en temps utile, se trouve déchu de ses recours contre les signataires, garants solidaires, il a, du même coup, perdu le droit de contrepasser au débit du

(1) Hamel, t. I, n° 414, p. 643. Dans cette hypothèse, la passation en compte de la créance fondamentale née de la garantie de la bonne fin est également interdite, mais non pas celle résultant de la garantie de l'existence des droits escomptés.

(2) D. C. 1943, J. 70, note A. Chéron ; S. 1941, I, 5. Antérieurement à cet arrêt : Nancy, 19 mai 1888, *Journal des faillites*, 1889, p. 236 ; Paris, 18 juin 1891, *Journal des faillites*, 1891, p. 301 ; Rouen, 4 novembre 1892, *Journal des faillites*, 1893, p. 335 ; Nîmes, 15 mai 1926, D. H. 1926, 426 ; Paris, 2 décembre 1927, D. P. 1928, II, 56.

remettant. Et si, dans l'espèce, l'arrêt écarte cette solution, c'est en vertu d'une convention tacite par laquelle le remettant avait, pour tous les effets remis en compte, dispensé le banquier récepteur des formalités de présentation et de protêt. » La Cour de Limoges (1) use d'une formule très générale : « ... La contrepassation est impossible si le recours cambiaire a été perdu par la négligence du porteur. » De nombreux auteurs (2) approuvent cette solution, en parfaite harmonie avec la conception de la contrepassation que nous défendons.

Elle est, au contraire, repoussée par ceux qui analysent la contrepassation en une annulation rétroactive d'un article du compte, fondée sur le jeu d'une condition résolutoire ou d'un défaut de cause : c'est le défaut d'encaissement qui justifie la contrepassation, il importe peu que le récepteur n'ait pas respecté le droit du change (3).

330. — De ce principe on peut déduire que le remettant, ou le syndic de la faillite, peut exiger du banquier escompteur la preuve, non seulement du défaut de paiement à l'échéance, mais encore de l'existence de son recours à l'encontre du remettant au jour de la contrepassation. La preuve la plus simple consistera, pour le banquier, à présenter les effets impayés, accompagnés éventuellement du protêt. Le remettant *in bonis* peut exiger cette production, puisque par la contrepassation il paie le titre et en redevient propriétaire. Mais il ne semble pas que le syndic ait le droit d'exiger cette présentation des effets contrepassés après la faillite (4), tout au moins dans l'hypothèse suivante : entre le jour de la contrepassation et le jour de la vérification effectuée par le syndic, le banquier a pu obtenir du tiré ou d'un autre coobligé le paiement de l'effet, et a dû ainsi s'en dessaisir ; or, nous verrons que le banquier est autorisé à maintenir intégralement sa production, sans avoir à en déduire le montant du paiement ainsi reçu.

(1) 17 février 1958, J. C. P. 1958, II, 10747, note H. Cabrillac, *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 355, n° 6. Voir également Poitiers, 18 mai 1954, D. 1955, J. 355, note Goré.

(2) Hamel, t. I, n° 408, p. 633 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 26, et note sous arrêt de Limoges cité ci-dessus ; Goré, Chéron, notes citées ci-dessus ; Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 883 ; Ph. Neel, thèse, Paris, 1956, n° 109.

(3) Percerou, *Enc. D. D^e Com.*, V° Compte courant, n° 102 ; Piret, n° 208, p. 279 ; Lyon-Caen et Renault, IV, nos 811 et suivants.

(4) Consulter : Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 41 ; Marais, « Des droits du banquier tiers porteur en compte courant d'effets de commerce en cas de faillite du remettant », p. 40 ; Huet, p. 156 ; Piret, p. 290, n° 218. La jurisprudence admet cette solution, mais la justifie de façons diverses et souvent erronées, voir Req. 1^{er} février 1928, D. P. 1928, I, 119.

Lui imposer de présenter les effets au syndic reviendrait à le priver de cet avantage considérable (1).

B. - LE BANQUIER PEUT CONTREPASSER DÈS LA NAISSANCE DE SON RECOURS

331. — Pour les auteurs qui expliquent la contrepassation par le jeu d'une condition résolutoire, c'est seulement après l'avènement de la condition (le non-paiement à l'échéance) que le récepteur peut contrepasser (2). Au contraire, dans la conception que nous défendons, la date de la contrepassation dépend de celle de l'ouverture du recours cambiaire, mais encore faut-il préciser.

332. — a) *Généralement, la contrepassation peut s'effectuer à l'échéance ou après l'échéance.* C'est l'hypothèse la plus courante : dans la plupart des cas, le recours du change s'ouvre en raison du non-paiement de l'effet à l'échéance (3).

Si le banquier est dispensé de dresser protêt, c'est donc dès l'échéance, et la présentation au paiement restée infructueuse, que la contrepassation devient possible. Si l'effet ne porte pas de mention sans frais, le banquier doit attendre que le protêt soit établi : c'est seulement à ce moment-là que le recours du change prend naissance (4).

Lorsque le banquier consent une prorogation d'échéance, la contrepassation ne peut être faite qu'au cas de non-paiement de l'effet à la nouvelle échéance, puisque c'est seulement à cette date que l'effet devient exigible et que s'ouvrent éventuellement les recours contre le remettant (5). Rappelons que le banquier est déchu de son recours cambiaire, et même de son recours fondamental contre le remettant, s'il a consenti à la prorogation sans l'accord de ce dernier. Plus exactement, le banquier a le choix entre deux solutions :

(1) Il se peut également que le banquier ne soit pas en possession de l'effet au moment de la contrepassation, s'il a payé l'effet en partie seulement à un banquier réescompteur. Il peut contrepasser dans la mesure où il a payé, mais en raison du paiement partiel le banquier réescompteur peut ne pas lui avoir rendu le titre.

(2) Marty, *Annales D^e Com.*, 1931, p. 140, n° 17.

(3) Au cas de réescompte, voir *infra*, n° 430. Au cas d'escompte de warrant, voir *infra*, n° 414.

(4) Le banquier peut contrepasser avant d'avoir donné avis du non-paiement à son endosseur : le défaut d'avis n'entraîne ni la déchéance ni la suspension du recours cambiaire. Lescot et Roblot, t. II, n° 639, p. 76.

(5) H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 68.

— Ou bien il ne respecte pas la date de la nouvelle échéance, présente l'effet au paiement et fait dresser protêt : il conserve dans ce cas ses recours contre le remettant et la possibilité de contrepasser, mais engage sa responsabilité à l'égard du tiré ;

— Ou bien il respecte la prorogation et est déchu de ses recours contre le remettant et perd la possibilité de contrepasser.

333. — De la prorogation d'échéance, il faut distinguer le cas où, après le non-paiement de l'effet à son échéance, le banquier accorde des délais de paiement au tiré (1). La solution ne souffre aucune difficulté si le banquier contrepasse avant d'accorder des délais au tiré. La lettre de change a été présentée au paiement après l'échéance et n'a pas été payée. Le banquier a dès lors la possibilité de recourir contre son endosseur et, par suite, de contrepasser. Peu importe que par la suite, dans la mesure où il demeure propriétaire de l'effet contrepassé, il accorde des délais au tiré ; la contrepassation demeure valable. Mais dans le cas où le banquier a accordé des délais avant de contrepasser, peut-il contrepasser malgré ces délais, ou doit-il en attendre l'expiration ? La question dépend du point de savoir si l'octroi de délais au tiré, une fois le non-paiement à l'échéance avéré, suspend l'exercice du recours cambiaire à l'encontre des endosseurs. Nous pensons qu'il faut répondre par la négative. « Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change, sont tenus solidairement envers le porteur. Le porteur a le droit d'agir contre toutes ces personnes, individuellement ou collectivement... » (art. 151, Co. Com.). Selon la doctrine dominante, cette solidarité est imparfaite (2), il ne peut exister aucune représentation tacite des débiteurs solidaires entre eux. Les délais accordés à l'un d'eux ne peuvent être invoqués par un autre. Il faut donc autoriser la contrepassation dès l'échéance, une fois le non-paiement établi, nonobstant l'octroi des délais.

334. — Le recours une fois ouvert ne peut être exercé valablement que jusqu'à l'expiration des délais de prescription cambiaire. C'est donc jusqu'à cette date seulement que le banquier escompteur peut contrepasser. Au-delà de cette date, il ne pourra passer en compte que la créance de droit commun née de la garantie de la bonne fin.

(1) Sur cette distinction et ses conséquences en matière de contrepassation, voir H. Cabrillac, note au J. C. P. 1958, II, 10677, et J. Becqué et H. Cabrillac, *R. T. D^e Com.*, 1958, p. 587, n° 5.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 478, p. 538.

335. — b) *Mais la contrepassation peut être antérieure à l'échéance de l'effet escompté*, dans les hypothèses limitativement énumérées où le recours du change s'ouvre avant cette date. Ainsi l'escompteur en compte courant pourra contrepasser avant l'échéance dans les trois hypothèses particulières prévues par l'article 147 du Code de Commerce :

1° S'il y a eu refus total ou partiel d'acceptation ;

2° Dans le cas de faillite du tiré, accepteur ou non, de cessation de ses paiements, même non constatée par un jugement, ou saisie de ses biens demeurée infructueuse ;

3° Dans le cas de faillite du tireur, d'une lettre non acceptable.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 13 mars 1930 (1), a consacré cette solution au cas de faillite du tiré. La même solution s'impose pour les deux autres hypothèses (2).

De même, en cas d'escompte d'un billet à ordre, le banquier escompteur peut contrepasser sans attendre l'échéance, dans le cas de la faillite du souscripteur, de cessation de ses paiements, même non constatés par un jugement, ou de saisie de ses biens demeurée infructueuse.

Cette contrepassation antérieure à l'échéance de l'effet est inconcevable pour les auteurs qui y voient le résultat d'une condition résolutoire, ou encore la sanction du défaut de cause. En effet, les cas prévus par l'article 147 font douter du défaut de paiement, mais ne rendent pas celui-ci évident : la condition n'est pas réalisée, le défaut de cause n'est pas démontré.

Toutefois, le banquier qui veut contrepasser risque de se heurter à la prérogative que le dernier alinéa de l'article 147 accorde aux garants : ces derniers, objet d'un recours avant l'échéance, peuvent, dans les trois jours de l'exercice de ce recours, adresser au président du Tribunal de Commerce une requête pour solliciter des délais qui ne pourront excéder la date de l'échéance. (Si le remettant est en faillite, il ne peut bénéficier de cette disposition). Le délai de trois jours doit courir seulement du jour où il a eu connaissance de la contrepassation par un avis ou un relevé de compte (3).

(1) D. 1930, I, 119 ; G. P. 1930, I, 642 ; S. 1931, I, 33. Après avoir posé le principe de l'obligation pour le banquier d'attendre l'échéance pour contrepasser, la Cour de Cassation ajoute : « ... A moins que les tirés ne soient eux-mêmes en faillite avant cette date. » Dans le même sens, Colmar, 29 juillet 1931, G. P. 1931, II, 887. D. P. 1932, II, 73, note Chéron ; Trib. de Saint-Etienne, 16 mai 1933, G. P. 1933, II, 777.

(2) Escarra et Rault, t. IV, p. 367, note 1 ; J. Argenson, Toujas et Dutheil, p. 303, n° 393 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, nos 68, 69, avec des réserves ; G. Marais, n° 22, p. 42 ; Ph. Neel, thèse, Paris, 1956, n° 109 ; Huet, thèse, Paris, 1938, p. 130 et suivantes.

(3) Huet, p. 132.

336. — Les hypothèses de l'article 147 sont les seules où la contrepassation est possible avant l'échéance de l'effet. Cependant, de 1920 à 1931, une vive controverse s'est élevée en doctrine et en jurisprudence sur le point de savoir si en cas de faillite du remettant, le banquier escompteur était fondé à contrepasser, au jour du jugement déclaratif, des effets escomptés non encore échus.

Les banquiers voulaient augmenter leurs privilèges en étendant aux effets non échus (et même dans le cas où ils seraient payés à leur échéance) les conséquences bénéfiques de la contrepassation des effets échus et impayés (1). Leur argumentation juridique se fondait sur l'analyse de l'escompte en un prêt et sur l'application de l'article 444 du Code de Commerce (475 nouveau) sur la déchéance du terme. Ainsi, pour M. Trasbot (2), principal défenseur de la thèse des banques, le banquier escompteur consentirait un prêt à son client, garanti par la remise en propriété de l'effet escompté, le terme du prêt coïncidant avec la date de l'échéance. Le montant du prêt serait porté au crédit du remettant qui aurait la possibilité de l'utiliser par des retraits inscrits à son débit. Si, avant l'arrivée du terme, et par suite avant l'échéance de l'effet, le client vient à tomber en faillite, le prêt devient immédiatement exigible, et le banquier a le droit d'inscrire sa créance en remboursement au débit du remettant : la contrepassation est donc permise dès la faillite du remettant. Peu importe que les effets remis en garantie ne soient pas encore échus, la garantie jouera plus tard (3).

La Cour de Cassation, approuvée par de nombreux auteurs (4), a repoussé cette argumentation par plusieurs

(1) Sur ces avantages, voir *infra*, note 1, p. 476. Pour des exemples chiffrés, voir Hamel, t. I, n° 415 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 544.

(2) *Annales D^e Com.*, 1927, p. 285 et suivantes, « De la contrepassation des effets de commerce », MM. Percerou et Desserteaux (t. II, n° 855 bis, p. 173) n'admettent pas la contrepassation des effets non échus ; cette solution n'est pas en harmonie avec leur théorie de l'escompte (prêt avec garantie inommée en propriété) pourtant très voisine de celle de M. Trasbot.

(3) Plusieurs Cours d'Appel avaient adopté cette thèse : Montpellier, 3 décembre 1924, D. H. 1925, 189 ; Lyon, 13 juin 1925, D. P. 1926, II, 145, note Chéron ; Rouen, 26 novembre 1926, D. H. 1927, 28 ; Pau, 15 mars 1927, D. P. 1928, I, 67 ; Toulouse, 27 juin 1929, D. H. 1929, 463... Certaines Cours d'Appel se bornaient à affirmer que l'obligation cambiaire de l'endosseur était à terme. Voir en ce sens la jurisprudence belge citée par Piret, nos 234 et 236.

(4) Notamment Chéron, Chronique au D. H. 1930, Ch. XIII ; Hamel, t. I, n° 419 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 545 ; Marais, n° 22 ; A. Brun, article au J. C. P. 1941, I, 206 ; M. Nast, article au J. C. P. 1941, I, 218.

arrêts (1). Elle a subordonné la contrepassation à la naissance de l'obligation cambiaire du remettant, endosseur ou tireur, envers le banquier escompteur ; celle-ci étant manifestement une dette sous condition suspensive, l'article 444 (475 nouveau) est inapplicable : la contrepassation est donc impossible au jour de la faillite du remettant.

Nous avons déjà vu les conclusions que l'on peut tirer de ces arrêts pour déterminer la nature de la contrepassation, mode d'exercice du recours cambiaire (2). Il faut également souligner leur importance en matière d'escompte. Par ces arrêts, la Cour de Cassation a repoussé formellement l'analyse de l'escompte en un prêt garanti par la remise d'effet (3).

337. — Les banquiers ont essayé de tourner la solution des arrêts de 1930 en insérant dans les contrats de compte courant, de crédit d'escompte... une clause au terme de laquelle la faillite du remettant entraînerait la contrepassation immédiate de tous les effets, même non encore échus. La Cour de Cassation a admis la validité de cette clause, mais l'a analysée en une condition résolutoire entraînant l'anéantissement du contrat d'escompte et le rétablissement des choses dans leur état antérieur (4). Cette contrepassation anticipée impliquait nécessairement que l'opération d'escompte fût dénouée. Or, les effets n'étant pas exigibles, le dénouement ne pouvait résulter que de la résolution du contrat d'escompte. Il ne s'agissait plus de contrepassation (mode d'exercice du recours cambiaire), puisque, l'effet n'étant pas échu, le recours n'était pas encore possible et pouvait ne jamais l'être, mais de contrepassation-traduction de la résolution du contrat d'escompte. Les effets rigoureux qui s'attachent à la résolution du contrat d'escompte ont entraîné la désuétude de cette clause de contrepassation anticipée (5).

(1) 19 mars et 31 mars 1930. D.P. 1930, I, 119, note Chéron ; S. 1931, I, 130 ; 1^{er} juillet 1930, G. P. 1930, II, 332. La Cour de Cassation belge qui, depuis un arrêt du 27 octobre 1887, admettait la contrepassation des effets non échus au jour de la faillite du remettant, est revenue sur sa jurisprudence. Arrêt du 6 juin 1935, *Revue générale, Droit commercial*, 1939, p. 220.

(2) Voir *supra*, n° 322.

(3) L'arrêt du 19 mars 1930 a été rendu sur le mémoire de M^e de Valroger qui reprenait l'argumentation de M. Trasbot (*Annales de D^t Com.*, 1931).

(4) Cass. Civ., 14 octobre 1940 et 7 juillet 1942, D.C. 1943, 70, note A. Chéron. Sur les conclusions qu'il faut tirer de ces arrêts, au sujet de la nature de la clause sauf encaissement, voir *supra*, n° 324.

(5) *Supra*, n° 324, *infra*, n° 403 et suivants.

338. — Les banquiers pourraient-ils, par une clause plus précise, stipuler que le recours cambiaire pourra s'exercer dès la faillite du remettant, avant l'échéance du titre ? Il ne semble pas interdit à l'endosseur et à l'endossataire d'aménager, dans leurs rapports personnels, les effets de la transmission d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Mais l'exercice de ce recours cambiaire et sa passation en compte courant ne peuvent s'effectuer que sous la condition que l'effet soit impayé à son échéance, car, dit la Cour de Cassation : « Il ne saurait être donné effet à une clause permettant au porteur de comprendre dans sa production un élément de crédit éteint par le paiement à l'échéance... » (1). Si l'effet est payé à sa date, le montant de l'article inscrit au débit du remettant, à la suite de la contrepassation anticipée, doit être effacé. Si l'effet est impayé, la contrepassation se trouve consolidée et produit les mêmes effets que si elle était effectuée après l'échéance. Les banques n'ont donc aucun intérêt à stipuler une pareille clause.

La condamnation de la contrepassation des effets non échus nous paraît ainsi impossible à tourner par la stipulation d'une clause particulière (2).

II. - LE MONTANT DE L'ARTICLE « CONTREPASSE » EST ÉGAL AU MONTANT DU RECOURS CAMBIAIRE

Le principe est simple, mais des difficultés d'application apparaissent lorsque le banquier escompteur a déjà reçu des acomptes avant d'effectuer la contrepassation.

A. - LE PRINCIPE

339. — Au terme des articles 152 et 153 du Code de Commerce, et des articles 45 et 46 du décret-loi du 30 octobre 1935, le porteur d'une lettre de change, d'un billet à ordre, d'un chèque, peut réclamer à ses garants :

1° Le montant nominal de l'effet ;

2° Les frais de protêt, des avis donnés, ainsi que les autres frais et les intérêts légaux à partir de l'échéance. Le banquier escompteur va donc pouvoir contrepasser :

1° *Le montant nominal du titre escompté.*

Il n'est point sans intérêt d'affirmer cette règle, car elle est contestée par les auteurs qui voient dans la contrepassation l'annulation d'un article de crédit ; selon ces derniers, c'est

(1) Cass. Civ., 14 octobre 1940 précité.

(2) Voir *infra*, n° 407.

seulement le montant de l'article résolu ou annulé qui doit être reporté au débit ; une égalité rigoureuse doit régner entre l'article du crédit et celui du débit, car « il ne peut être contrepassé plus qu'il n'a été passé » (1). Or, dans la majorité des cas, le montant de l'article de crédit n'égale pas le montant nominal de l'effet, mais lui est inférieur de la valeur des agios d'escompte et des commissions. Admettre la théorie de la condition résolutoire conduit logiquement à priver le banquier escompteur de son bénéfice. Cette conséquence extrême révèle, une fois de plus, le danger et l'inexactitude de cette théorie.

La pratique bancaire a toujours contrepassé la valeur nominale de l'effet escompté. Si la jurisprudence n'a jamais eu à trancher expressément la question, certains attendus de la Cour de Cassation ne laissent aucun doute à ce sujet : « ... Le banquier est en droit, si la lettre de change lui a été remise en compte courant, d'en contrepasser alors *la valeur* au débit du remettant... » (2).

340. — 2° *Les frais de protêt et de retour, les intérêts légaux.*

Ici encore, la pratique bancaire est fixée : les banquiers ont toujours contrepassé les frais et les intérêts légaux depuis l'échéance avec le montant nominal de l'effet impayé, fondant le tout dans un seul et même article du compte. La jurisprudence ne s'est pas, à ce jour, prononcée sur cette question ; la modicité des frais et des intérêts explique ce silence. L'affirmative ne saurait faire pour nous aucun doute, puisque ces frais sont incorporés au recours (3).

341. — 3° *Si, en application de l'article 147 du Code de Commerce, le banquier contrepassé avant l'échéance, il y a lieu d'appliquer le dernier alinéa de l'article 152 : « ... déduction sera faite d'un escompte sur le montant de la lettre ; cet escompte sera calculé d'après le taux de l'escompte officiel (taux de la Banque de France) tel qu'il existe à la date du recours (disons de la contrepassation) au lieu du domicile du porteur » (4).*

(1) R. Percerou, *Enc. D. Dt Com.*, V^o Compte courant, n^o 104 ; G. Marty, *Annales de Dt Com.*, 1931, p. 99, n^o 7. Comme le remarque M. Huet, p. 106, les autres partisans de ces théories n'ont pas aperçu ce problème.

(2) Cass., 27 janvier 1941, D. C. 1943, note A. Chéron.

(3) En ce sens, Hamel, t. I, n^o 410, p. 636. Les auteurs qui fondent la contrepassation sur une clause résolutoire ou un défaut de cause admettent la solution contraire : G. Marty et R. Percerou, cités *supra* ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n^o 213, p. 740 ; Lacour et Bouteron, t. II, n^o 1484 *in fine*, p. 182 ; Piret, n^o 211, p. 282.

(4) Voir *supra*, n^o 246.

Toutefois, il n'y a pas lieu de déduire l'escompte de l'article 152 dans tous les cas où la contrepassation n'équivaut pas au paiement de l'effet. D'après une doctrine très autorisée, en effet, la déduction ne doit s'opérer que s'il y a paiement, et non pas seulement exercice du recours cambiaire comme le laisserait croire la lettre de l'article 152 (1).

B. - LES DIFFICULTÉS D'APPLICATION : LE BANQUIER A REÇU UN ACOMPTE AVANT DE CONTREPASSER

342. — Si, avant la contrepassation, le banquier escompteur reçoit un paiement partiel, doit-il déduire cet acompte du montant à inscrire au débit du remettant ? Le problème n'offre de difficultés que si le paiement émane d'un signataire du titre, coobligé du remettant (2). Le banquier, porteur de l'effet escompté, bénéficie de la solidarité cambiaire qui unit tous les signataires du titre. Dès lors, il faut rechercher s'il peut invoquer l'article 521 du Code de Commerce (542 ancien) (3) et contrepasser le montant intégral de l'effet, ou s'il doit respecter l'article 523 (art. 544 ancien) (4) et déduire l'acompte. Comme nous y invitent ces deux articles, il faut distinguer suivant que l'acompte a été payé avant la faillite de l'un des coobligés et si, au moment de la contrepassation, le remettant était *in bonis* ou non. Trois hypothèses se présentent à l'esprit :

1° *L'acompte est versé avant toute faillite.*

343. — C'est l'hypothèse prévue expressément par l'article 523 du Code de Commerce. Le banquier doit donc déduire l'acompte du montant de la somme qu'il se disposait à contre-

(1) Lescot et Roblot, t. II, n° 665, p. 115.

(2) Si l'acompte est versé par un tiers à la date du change (par ex. le tiré non accepteur), il doit toujours être déduit. Req., 5 juillet 1944, J. C. P. 1945, II, 2787, note P. Lescot. Si l'acompte est versé par le remettant, la déduction s'impose également : il ne peut pas payer une seconde fois ce qu'il a déjà versé.

(3) Art. 521 : « Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le débiteur et d'autres coobligés qui ont cessé leurs paiements, peut produire dans toutes les masses pour la valeur nominale de son titre et participer aux distributions jusqu'à parfait paiement. »

(4) Art. 523 : « Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le débiteur failli ou admis au règlement judiciaire et d'autres coobligés, a reçu, *avant* la cessation des paiements, un acompte sur sa créance, il n'est compris dans la masse que sous déduction de cet acompte et conserve, sur ce qui lui reste dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. »

passer (1) (2). Il n'y a pas lieu, en ce cas, de distinguer suivant que la contrepassation est opérée avant ou après la faillite du remettant : l'article 523, en effet, considère uniquement la date du paiement de l'acompte et non la date du recours contre les coobligés.

2° *L'acompte est versé avant la faillite du remettant, mais après la faillite d'un coobligé.*

344. — Le banquier peut avoir touché, soit un dividende dans la faillite du coobligé, ce qui est assez rare en raison de la longueur de la liquidation des faillites, soit un acompte versé par des garants solidaires (3). Suivant une jurisprudence unanime, dès l'instant qu'une faillite est ouverte, avant la perception de tout acompte, il faut appliquer l'article 521 du Code de Commerce (542 ancien). Le créancier peut produire dans toutes les faillites pour le montant intégral de sa créance sans avoir à en déduire l'acompte reçu après la première faillite (4). Mais cet article permet uniquement cela : il ne permet pas de demander à un codébiteur encore *in bonis* de payer l'intégralité de sa créance ; le créancier ne peut le poursuivre que pour ce qu'il lui reste dû, c'est-à-dire déduction faite de l'acompte. Il nous faut donc distinguer deux cas :

a) *La contrepassation est effectuée, le remettant étant encore in bonis.*

Le banquier escompteur ne peut contrepasser qu'après avoir déduit l'acompte reçu du montant de son recours cambiaire, tout comme il aurait dû le faire s'il avait exercé directement ce recours contre un coobligé *in bonis*. Si le banquier ne déduisait pas cet acompte, il toucherait plus que le montant de l'effet, le remettant étant par hypothèse solvable (5).

(1) H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 27. Hamel, t. I, n° 409, p. 365.

(2) L'article 523 porte « avant la cessation des paiements ». Selon une doctrine très autorisée, il faut lire « avant le jugement déclaratif ». Argenson, Toujas et Dutheil, n° 362, *R. T. D^t Com.*, p. 107, n° 43 ; une interprétation littérale entraînerait des difficultés pratiques insurmontables.

(3) Les deux hypothèses sont assimilées par la jurisprudence. Voir la note suivante.

(4) *Enc. D^t Droit commercial*, V° Faillite, Règlement judiciaire, nos 1914, 1915 ; Argenson, Toujas et Dutheil, n° 362.

(5) Si la contrepassation une fois effectuée, le remettant tombe en faillite, le banquier escompteur peut-il rectifier le montant contrepassé en y ajoutant celui de l'acompte ? Deux hypothèses : 1° Si la contrepassation vaut paiement (c'est-à-dire si le compte fonctionne encore au jour de la contrepassation), le banquier a perdu la propriété de l'effet et ne peut plus, lors de la faillite du remettant, invoquer à son encontre

b) *La contrepassation est effectuée, le remettant étant en faillite.*

Il faut appliquer sans hésitation l'article 521. La faillite du coobligé a déclenché le mécanisme de cet article et le créancier a le droit de produire pour le montant intégral de sa créance dans les faillites des autres coobligés (dont celle du remettant) ouvertes postérieurement, sans avoir à déduire l'acompte déjà perçu. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens (1) et il n'y a aucune raison valable de ne pas appliquer cette jurisprudence au recours cambiaire, qu'il soit ou non intégré dans le compte courant par le jeu de la contrepassation (2).

3° *L'acompte est versé après la faillite du remettant.*

345. — Ici encore, aucune hésitation n'est permise. Le banquier n'a pas à déduire l'acompte reçu du montant de l'effet à contrepasser. En effet, en vertu de l'article 521, le porteur d'un effet de commerce peut recourir contre la faillite d'un des coobligés pour le montant de sa créance cambiaire sans avoir à déduire les acomptes versés par les autres coobligés (*in bonis* ou non). Or, le banquier peut contrepasser dans la mesure où il peut recourir contre le remettant ou sa faillite.

346. — Au terme de ce paragraphe, deux remarques s'imposent :

— Il doit s'agir d'un véritable acompte et non pas d'un paiement intégral de l'effet.

Si à l'échéance, ou postérieurement, mais avant la contrepassation, un des coobligés paie le montant de l'effet, ou si le total des acomptes atteint le montant, le recours cambiaire et le banquier ne peut plus contrepasser. Ainsi donc, lorsque le remettant est en faillite, le banquier escompteur a toujours intérêt à contrepasser dès l'ouverture de son recours,

la solidarité cambiaire et l'article 521 ; 2° Au contraire, si la contrepassation ne vaut paiement (cas où le compte est clos par la volonté des parties et le solde insuffisant), le banquier a conservé la propriété de l'effet et a, par là même, conservé la possibilité d'invoquer l'article 521 si toutes les conditions en étaient réunies. Il peut donc rectifier le solde du compte courant.

(1) Req., 24 juin 1951, D. P. 54, II, 368 ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 843.

(2) En ce sens, Hamel, t. I, nos 409 et 412 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 551 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 27. On cite souvent un arrêt de Cassation du 5 février 1861, D. 1861, I, 313, qui « implicitement » aurait admis une solution contraire. Cet arrêt, en vérité, ne semble pas avoir trait à la question, et concerne plutôt le caractère facultatif de la contrepassation.

avant de poursuivre les autres coobligés, car, une fois la contrepassation opérée, suivant une jurisprudence constante, il n'aura pas à déduire de sa production les acomptes reçus des coobligés, même si ces acomptes atteignent le montant de l'effet. L'indivisibilité du compte courant s'oppose à une telle imputation (1).

— Ces solutions sont inadmissibles si l'on voit dans la contrepassation le résultat de la clause sauf encaissement entendue comme condition résolutoire, ou d'un défaut de cause. En effet, si un acompte est payé, la condition ne se trouve réalisée que pour partie, le défaut de cause n'est que partiel. Il faut annuler l'article de crédit inscrit par le récepteur lors de la remise, uniquement dans la mesure où la condition résolutoire a joué, ou dans la mesure où le défaut de cause existe. Il faut déduire cet acompte du montant à contrepasser (2). Nous sommes dans le domaine du jeu de la condition, et non pas dans celui de l'article 542 : il n'y a pas à distinguer suivant que l'acompte est versé avant ou après la faillite du remettant ou d'un coobligé.

*Sous-section II. — Les conditions de la contrepassation
tenant au mécanisme du compte courant*

347. — La «contrepassation» étant l'inscription de la créance cambiaire du banquier escompteur au débit du remettant, il semble nécessaire que le compte courant fonctionne encore au moment de cette passation en compte. D'autre part, lorsque le compte n'est pas encore clos, le principe de l'affectation générale exigerait que la créance cambiaire du banquier soit obligatoirement portée en compte, sans pouvoir être exercée directement contre le remettant. La jurisprudence a cependant donné des solutions contraires ; elle a admis :

- La possibilité de contrepasser après la clôture du compte ;
- Le caractère facultatif de la contrepassation.

I. - POSSIBILITÉ DE CONTREPASSER APRÈS
LA CLÔTURE DU COMPTE

Deux hypothèses doivent être envisagées.

(1) Voir *infra*, n° 368 et suivants, et n° 373.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. IX, n° 819, p. 746 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1487, p. 133 ; G. Marty, *Ann. D^t Com.*, 1931, n° 20, p. 112.

A. - LA CLÔTURE DU COMPTE RÉSULTE D'UN ÉVÉNEMENT INDÉPENDANT DE LA VOLONTÉ DES PARTIES

348. — Le décès, la faillite, le règlement judiciaire, la survenance de l'incapacité de l'une des parties entraînent la clôture du compte. Cependant, malgré cette clôture, la Cour de Cassation admet depuis plus d'un siècle la possibilité de contrepasser (1). La solution, maintes fois confirmée, est définitivement acquise ; il faut l'expliquer.

Elle se justifie aisément pour les auteurs qui fondent le droit de contrepasser sur le jeu d'une condition résolutoire, ou d'un défaut de cause. La contrepassation, disent ces auteurs, n'est plus une écriture nouvelle, mais l'annulation, par un procédé comptable, d'un article de crédit rétroactivement effacé ; c'est une rectification du compte, et un tel redressement est de toute évidence possible, même après la clôture du compte (2).

Mais, si l'on voit dans la contrepassation un mode d'exercice du recours du change, comment expliquer que l'on puisse passer en compte la créance cambiaire du banquier après la clôture du compte courant ? Aucune écriture nouvelle ne devrait être possible. C'est là l'objection principale soulevée à l'encontre de la conception de la contrepassation que nous défendons (3).

Certains auteurs, et des plus autorisés, ont invoqué alors un usage bancaire fondé sur l'équité qui autoriserait cette passation en compte après clôture du compte (4). D'autres se sont attaqués au principe même de la clôture du compte courant par la faillite, la mort ou l'incapacité de l'une des parties (5). C'est sur ce terrain, croyons-nous, que réside l'explication exacte.

(1) Cass. Civ., 10 mars 1852, S. 52, I, 258 ; D. P. 52, I, 74 ; Req., 26 juillet 1852, Cass. 10 août 1852, S. 52, I, 609 ; D. P. 1852, I, 214. Plus récemment : Cass. Civ., 19 et 31 mars 1930, S. 1931, I, 130 et les arrêts rapportés au D. C. 1943, 70, note A. Chéron.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 812 ; Lacour et Bouteron, t. II, n° 1484 ; Thaller et Percerou, t. II, n° 1667 ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 855 ; G. Marty, *Ann. D^e Com.*, 1931, p. 19, n° 7 *in fine*. Voir les conclusions de M. l'avocat général Chartrou, rapportées à la *Semaine juridique*, S. 1931, p. 1042, et aux *Ann. D^e Com.*, 1931, p. 356.

(3) Voir Escarra et Rault, t. VI, n° 543, p. 364 ; G. Marty, *Ann. D^e Com.*, 1931, n° 7, p. 99 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 20 ; et note au J. C. P. 1958, II, 10547.

(4) Hamel, t. I, n° 407, p. 634 ; Ripert par Durand et Roblot, t. I, n° 1851 : « On est réduit à invoquer un usage bancaire. Il a cet effet que le compte continue à fonctionner après une clôture due à la faillite du client au profit du banquier qui exerce le recours du change. »

(5) Huet, thèse, Paris, 1938, p. 113 et suivantes.

349. — On ne peut nier que la faillite, le décès, l'incapacité de l'une des parties mettent fin au compte courant (1), mais encore faut-il préciser le sens et la portée de cette clôture.

Le compte courant repose sur la confiance réciproque des deux parties. Conclu *intuitu personnae*, il ne peut continuer à assurer le règlement d'opérations nouvelles conclues avec d'autres personnes que les contractants originaires, par exemple les héritiers (2), le représentant légal du client ou le syndic de sa faillite. C'est en ce sens que le compte est clos : aucune créance nouvelle résultant d'une opération postérieure à la faillite, au décès... ne peut être portée en compte ; mais en ce sens seulement. Le compte doit continuer à fonctionner pour assurer le règlement des créances nouvelles, mais résultant d'opérations antérieures à la faillite, et dont les parties avaient prévu, expressément ou implicitement, l'entrée en compte (3).

Cette solution n'est pas en contradiction avec le caractère *intuitu personnae* du compte courant ; tout au contraire, elle est conforme à la volonté des parties. Celles-ci ont convenu de régler par voie d'inscription en compte toutes leurs créances réciproques, pour les compenser dans un solde unique et indivisible, chaque créance de l'une servant de garantie aux créances de l'autre : c'est le principe de l'affectation générale. Ne faut-il pas exécuter cette convention et permettre l'inscription en compte des créances, résultant d'opérations déjà conclues mais non encore dénouées, lorsqu'est survenu un événement imprévisible tel que le décès, la faillite ou la folie (4). La solution affirmative ne présente de difficulté qu'en matière de faillite dont « l'un des traits essentiels est en effet de faire obstacle à l'exécution des conventions antérieures attribuant à l'un des créanciers une situation privilégiée non prévue

(1) C'est là un principe classique enseigné par tous les auteurs (Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 848 ; Hamel, t. I, n° 225, p. 388 ; n° 289, p. 474 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 450, p. 276 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 42, nos 79 et suivants ; Ripert, Durand et Roblot, t. I, n° 1845...) et admis en jurisprudence (Cass. Civ. 8 mars 1897, D. 97, I, 321 ; S. 97, I, 281 ; Cass. Civ. 19 novembre 1906, D. 1907, I, 78 ; Cass. Civ. 20 avril 1948, D. 48, 375, S. 48 I, 129. Voir cependant *contra* Saïgon, 26 décembre 1952, G. P. 53, I, 315, R. T. D^e Com., 1953, p. 715, n° 2, avec les observations de MM. Becqué et Cabrillac ; *Revue Banque*, 1954, p. 317, note X. Marin.

(2) Au cas de décès du banquier, voir obs. X. Marin, *Revue Banque*, 1954, p. 317.

(3) En ce sens, Huet, précité, Ferronnière et de Chillaz, n° 44, p. 52. Voir les arrêts du 19 et du 31 mars 1930, et du 14 octobre 1940, qui, liant l'exercice du recours du change à la possibilité de contrepasser, ont admis la contrepassation après faillite. *Supra*, n° 322.

(4) On dit souvent que le principe de l'affectation générale vise les opérations à intervenir pendant la durée du compte ; il s'applique donc au résultat de ces opérations même si celui-ci intervient après la faillite.

par la loi » (1). Mais il s'agit en somme d'assurer l'exécution d'une convention de compensation globale *in futurum*, dont le compte courant est le type, entre des créances déjà existantes au moment de la faillite et des créances qui ne deviendront certaines qu'après, mais dont la « cause » est antérieure. Or, la Cour de Cassation a reconnu expressément la validité d'une telle convention (2). La seule différence est qu'en matière de compte courant la convention de compensation est tacite et résulte du principe d'affectation générale. Elle n'en est pas moins certaine. Il faut donc admettre que, malgré la survenance de la faillite de l'une des parties, le compte courant continue à fonctionner (3), pour assurer le règlement des opérations antérieures ou en cours par voie de compensation globale (4) (5); une fois cette liquidation terminée, le compte sera définitivement clôturé.

350. — Tels sont, croyons-nous, les principes qu'il faut appliquer au cas d'escompte en compte courant et de contrepassation. En effet, l'inscription de la créance cambiaire du banquier n'est pas le résultat d'une opération nouvelle postérieure à

(1) Hamel, t. I, n° 399.

(2) Cass., 13 juillet 1942, J.C.P. 43, II, 2157, avec la note de M. Houin, D. C. 1944, J. 1, avec la note de M. Chéron. La Cour de Cassation a admis la validité d'une convention de compensation entre le solde débiteur d'un compte courant et une créance pour travaux qui ont été effectués après la déclaration de faillite; il faut évidemment que la convention de compensation soit antérieure à la faillite.

(3) D'une manière altérée, il est vrai; nous verrons que l'effet novatoire ne se produit plus (*infra*, n° 364) alors que l'indivisibilité du compte continue de jouer (*infra*, nos 373, 374).

(4) En ce sens, Rouen, 24 avril 1948, J.C.P. 1948, II, 4464, avec la note de M. Larguier, R. T. D^e Com., 1948, p. 697, n° 6, avec les obs. de M. Houin, l'arrêt admet l'entrée en compte courant postérieurement à la faillite, d'une créance non encore liquide au moment du jugement déclaratif. On en a conclu qu'il n'était pas nécessaire qu'une créance soit liquide pour constituer une remise en compte (Houin, obs. précitées). Telle n'est pas, croyons-nous, la portée de l'arrêt. Il est bien nécessaire que la créance soit liquide pour entrer en compte courant; sinon, comment pourrait-elle être traduite par un article de compte susceptible de se compenser (Hamel, t. I, n° 353, p. 549; H. Cabrillac, J. Cl. Banque, fasc. 40, n° 90; Cass. Req. 29 juillet 1929, S. 1930, I, 214; Comp. Escarra et Rault, t. VI, n° 455, p. 283). La Cour de Rouen a seulement reconnu que le compte courant pouvait fonctionner après la faillite pour enregistrer le résultat d'opérations antérieures; la créance une fois fixée dans son montant, a pu entrer en compte courant.

(5) Cette solution est en harmonie avec la nature profonde du compte courant. D'éminents auteurs (Houin, notes précitées), Percerou et Desserteaux, t. II, n° 867) l'ont analysé en un droit de rétention général et réciproque sur toutes les créances existant entre parties. Ce droit de rétention doit pouvoir s'appliquer aux créances qui ne sont devenues certaines et liquides qu'après la faillite, du moment qu'elles ont leur source dans une opération antérieure.

la faillite ; c'est le dénouement malheureux de l'opération d'escompte antérieure. Loin même d'être une dette nouvelle, l'obligation de garantie de l'endosseur existe dès l'endossement sous condition suspensive. Lors de l'escompte, le banquier avait fondé, en partie, sa confiance sur l'existence d'un compte courant et des garanties qui y sont attachées. Par la clause « sauf encaissement », prise en son second sens, les parties avaient prévu la passation en compte de la créance du banquier. Il faut respecter leur volonté malgré le décès ou la faillite de l'une d'elles, puisque les conventions de compensation *in futurum* sont parfaitement valables du moment qu'elles sont faites sans fraude. La « contrepassation » après faillite, décès... de l'une des parties nous paraît donc justifiée.

L'explication est moins ardue lorsque la clôture du compte est due à la volonté des parties.

B. - LA CLOTURE DU COMPTE COURANT RÉSULTE DE LA VOLONTÉ DES PARTIES OU DE L'UNE D'ELLES

351. — Lorsque, d'un commun accord, les parties mettent fin au compte courant, il n'y a généralement pas de difficultés ; elles prennent soin de régler expressément le sort des effets encore détenus par le banquier (1). Mais que faut-il décider lorsqu'elles gardent le silence sur ce point, ou lorsque la clôture résulte seulement de la volonté de l'une d'elles ?

— Si la clôture du compte est décidée d'un commun accord, nous pensons qu'à défaut de stipulation expresse, le banquier n'a pas la possibilité de contrepasser. Ayant mis fin volontairement au compte, il faut présumer que les parties ont entendu exclure de ce mode de règlement toutes leurs créances à venir quelles qu'elles soient, et que le solde établi est un solde définitif, impossible à modifier en y intégrant la créance cambiaire du banquier.

— Il en va différemment si le compte est clos par la volonté d'une seule des parties. Si le client met fin au compte, la clôture est imposée au banquier, or l'existence d'un compte courant et la possibilité de contrepasser constituent une garantie pour le banquier. C'est une des bases de sa confiance en fonction de laquelle il a accepté d'escompter les effets. Le remettant ne peut pas, par un acte de volonté unilatéral, saper une des bases du crédit qui lui a été accordé. Le compte cessera d'enregistrer des opérations nouvelles, mais il faut admettre que le banquier a la possibilité de contrepasser. Il en sera de même si c'est le banquier qui met fin au compte pour

(1) Voir un exemple des clauses qui peuvent intervenir entre parties dans la *Revue Banque*, 1959, p. 668.

écarter un mauvais client. La clôture ne lui est pas imposée à proprement parler, mais il n'aura pas la possibilité de régler d'un commun accord le sort des effets qu'il détient. Il faut assurer le respect des conventions antérieures, et notamment de la clause sauf encaissement prise dans son second sens.

II. - LE CARACTÈRE FACULTATIF DE LA CONTREPASSATION

Le banquier escompteur, porteur d'un effet demeuré impayé, a le choix entre deux possibilités : il peut ou bien exercer directement son recours cambiaire contre le remettant, ou contrepasser le montant à son débit. Ce choix une fois effectué, est-il irrévocable ?

A. - LE DROIT D'OPTION DU BANQUIER

352. — Il est constant en jurisprudence que la « contrepassation » est une faculté pour le banquier escompteur, et non une obligation (1). Il est libre d'agir au mieux de ses intérêts.

— Il a intérêt à ne pas contrepasser lorsque le remettant, encore *in bonis*, est d'une solvabilité douteuse, car en inscrivant sa créance cambiaire dans un compte courant en cours de fonctionnement, il perd la propriété de l'effet escompté et la garantie solidaire des différents signataires.

— Au cas de faillite du banquier, son syndic a intérêt à ne pas contrepasser, si le compte courant se solde au profit du remettant. Celui-ci ne recevra qu'un dividende sur le montant du solde, alors qu'il devra payer l'intégralité de l'effet (2).

353. — Cette règle jurisprudentielle semble, à première vue, en contradiction avec le principe de l'affectation générale (3). Les parties n'ont-elles pas convenu de porter en compte toutes leurs créances réciproques ? Dès lors, pourquoi la créance

(1) Entre autres arrêts : Req. 5 février 1861, D. P. 61, I, 313 ; 14 mai 1862, D. 63, I, 173 ; Civ. 24 janvier 1906, D. P. 1906, I, 353, note Lacour ; Req. 1^{er} février 1928, D. P. 1928, I, 119.

(2) Pour des exemples chiffrés, voir Escarra et Rault, t. VI, n° 548 ; Huet, thèse, Paris, 1938, p. 125, note 72.

(3) Pour les auteurs qui voient dans la contrepassation le jeu d'une condition résolutoire conventionnelle, son caractère facultatif résulte de ce que la clause sauf encaissement est stipulée dans l'« intérêt exclusif » du banquier. Lacour et Bouteron, t. II, n° 1496 ; Marty, *Ann. D^e Com.*, 1931, p. 105, n° 13 ; Percerou, *Enc. D.*, V° Compte courant, n° 100. Ce caractère facultatif de la contrepassation est au contraire inconciliable avec la théorie du « défaut de cause ». Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 815 ; Comp. Thaller et Percerou, t. II, n° 1667 *in fine* ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 858, auteurs qui invoquent l'article 1184 du C. Civ.

cambiaire du banquier échapperait-elle à la règle commune ? Aussi, d'éminents auteurs critiquent-ils la solution jurisprudentielle et obligent le banquier à recouvrer sa créance par une contrepassation, tout au moins lorsque le compte est en cours de fonctionnement (1).

Une telle théorie, si elle avait triomphé en jurisprudence (2), aurait jeté un discrédit considérable sur l'opération d'escompte en compte courant et aurait bouleversé les modes de distribution du crédit. Dès que l'effet est impayé à l'échéance, la créance cambiaire du banquier prend naissance ; elle serait aussitôt happée par le compte courant en vertu du principe de l'affectation générale et novée à un article du compte, l'effet redevenant la propriété du remettant, le banquier ne disposant plus d'aucun recours contre les autres signataires. Certes, on peut objecter que la créance cambiaire ne doit entrer dans le compte que si le banquier a décidé de la faire valoir contre le remettant et qu'il peut parfaitement conserver ses recours contre les tiers signataires en renonçant à la garantie de son client. Mais le banquier est dans ce cas réduit à un choix, alors que l'avantage de l'escompte était de joindre à la garantie du remettant celle de tiers. La structure économique de l'opération est bouleversée.

354. — Selon nous, il faut écarter cette dangereuse solution et admettre le caractère facultatif de la contrepassation. Celui-ci d'ailleurs est en parfaite harmonie avec l'intention des parties. Les remises effectuées par chacune des parties se servent réciproquement de garantie, il est normal de présumer que, pour assurer une pleine efficacité à cette garantie inhérente au mécanisme même du compte courant, les parties ont convenu de porter en compte toutes leurs créances réciproques. Mais ce n'est là qu'une présomption simple. La volonté des parties peut être différente : pour les créances qui donnent des droits supérieurs à ceux qui dérivent de leurs rapports d'affaires normaux, et comportent des garanties plus efficaces que celles conférées par le compte courant (c'est le cas pour la créance cambiaire), il faut au contraire présumer que les parties entendent se dispenser d'inclure de telles créances dans le compte, pour éviter la disparition de ces droits et garanties supérieurs, en raison de l'effet novatoire. Le créancier doit

(1) Ripert par Durand et Roblot, t. I, n° 1854-2, p. 857 ; Huet, thèse, Paris, 1938, p. 127 et 128.

(2) La Cour de Cassation, par un arrêt de la Ch. Civ. Sect. Com. du 1^{er} février 1961 (G. P. 1961, des 24, 26 mai 1961), a admis le caractère facultatif de la contrepassation lorsque le compte courant est encore en cours de fonctionnement. L'arrêt du 25 janvier 1955 (J. C. P. 1955, II, 8547 bis, note H. Cabrillac) et ceux qui l'ont suivi, confèrent un intérêt pratique considérable à cette question.

rester libre de décider s'il faut faire confiance à son cocontractant et se considérer comme payé par l'inscription d'un article à son crédit, ou bien s'il est plus prudent d'exercer directement les droits plus efficaces attachés à la créance. « La contrepassation est donc facultative, le principe d'affectation générale ne pouvant avoir pour effet de forcer le banquier à renoncer aux droits spéciaux qu'il tient de la détention d'un effet de commerce (1). »

355. — Cependant, à s'en tenir à cette seule explication, il semble nécessaire d'admettre que le banquier a l'obligation de contrepasser lorsque l'effet novatoire ne se produit pas, c'est-à-dire après la clôture du compte (2). Le principe de l'affectation générale devrait reprendre son empire. C'est ici qu'intervient la clause sauf encaissement entendue dans son sens étroit et accessoire (3). Le banquier s'est réservé la possibilité d'inclure en compte courant la créance née du non-paiement de l'effet, et la jurisprudence a toujours affirmé que cette clause était stipulée dans son « intérêt exclusif ». Il y a là une dérogation conventionnelle au principe de l'affectation générale (4).

B. - LE CHOIX DU BANQUIER, UNE FOIS EFFECTUÉ, EST-IL IRRÉVOCABLE ?

356. — Le banquier qui a poursuivi les tiers signataires du titre impayé avant toute contrepassation, conserve certainement le droit de contrepasser dans la mesure où son recours cambiaire subsiste à l'encontre du remettant (5). La poursuite des tiers coobligés ne constitue pas en effet un des termes de son choix : le banquier a seulement à choisir entre l'exercice direct du recours contre le remettant, ou son exercice par la voie d'inscription en compte, car seules ces modalités d'exercice d'un même droit s'excluent réciproquement. Le problème est donc le suivant :

1° Le banquier qui a poursuivi le remettant peut-il toujours contrepasser ?

2° S'il a déjà contrepassé, peut-il renoncer à cette contrepassation pour poursuivre directement le remettant ?

(1) Hamel, t. II, n° 1079, p. 849. Voir t. I, n° 356, p. 557 ; en ce sens également, Du Bouetiez de Kérorguen, La généralité du compte courant, *Revue Banque*, 1955, p. 276 et suivantes. *Les travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce*, t. IV, p. 297 et suivantes.

(2) Voir *infra*, n° 364.

(3) Voir *supra*, n° 320.

(4) Voir les dérogations à la généralité du compte courant, *R. T. D^e Com.*, 1959, p. 738, n° 7 ; H. Cabrillac et J. Becqué.

(5) En ce sens, Hamel, t. I, n° 412, p. 639 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 552, p. 372 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 32.

357. — A la première question il faut répondre, croyons-nous, par l'affirmative. Le libre choix du banquier est une prérogative absolue qu'il peut exercer tant que la créance cambiaire à l'encontre du remettant n'est pas éteinte (1). Mais, évidemment, cette liberté de choix ne doit pas aboutir à un double paiement ou à une double production à la faillite du remettant. Le banquier devra déduire l'acompte reçu du remettant *in bonis*, et, s'il a produit à sa faillite pour le montant de l'effet, il ne peut plus contrepasser, car cette production a épuisé la part d'actif qui revenait à l'effet dans le patrimoine du remettant (2).

358. — Il faut répondre par la négative à la seconde question. L'indivisibilité du compte courant s'oppose à un tel revirement. La créance une fois incorporée dans le compte, il est impossible de l'en extraire (3). On peut ajouter que, si le compte fonctionne encore, la contrepassation vaut paiement et le banquier a définitivement perdu la propriété de l'effet. On ne peut lui accorder la liberté de revenir sur ce règlement si, par la suite, il s'avère désavantageux.

Section II. — Les effets de la contrepassation, mode d'exercice du recours cambiaire

359. — Il est difficile de déterminer les effets de ce qu'il est convenu d'appeler la contrepassation. De très vives controverses se sont élevées en doctrine et la jurisprudence a eu à choisir entre de nombreuses théories (4) pour élaborer son système. Deux problèmes se posent successivement.

a) Le premier a trait au sort de l'effet : le banquier conserve-t-il la propriété de l'effet contrepassé et a-t-il le droit d'en poursuivre les différents signataires ? La solution de ce premier problème dépend du point de savoir si dans l'hypothèse considérée la contrepassation équivaut ou non au paiement de l'effet par le remettant du banquier escompteur. Si elle ne vaut pas paiement, le banquier, comme tout porteur non payé, conserve l'effet ; dans l'hypothèse inverse, il doit

(1) En ce sens, Huet, p. 140.

(2) Hamel, t. I, n° 411, p. 638 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 547, p. 369 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 29 ; Req. 14 mai 1862, D. P. 63, I, 173 ; *contra* : Levillain, note au D. 1911, II, 339.

(3) Les auteurs admettent généralement que l'option en faveur de la contrepassation n'est définitive que si elle est connue du failli et de son syndic ; Hamel, t. I, p. 639, note 2 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 29. Voir Bordeaux, 20 mai 1958, *Banque*, 1958, p. 706.

(4) M. Huet, dans sa thèse, Paris, 1938, dénombre huit systèmes différents.

le restituer. Cette distinction domine la matière : elle a été dégagée pour la première fois avec netteté en 1952, par la Cour de Montpellier (1), et a reçu aussitôt l'appui de la doctrine (2) et la considération renouvelée de la Cour de Cassation (3).

b) Le second problème ne peut naître que si l'on répond par l'affirmative au premier. Dans les cas où le banquier conserve la propriété de l'effet contrepassé, il peut poursuivre les autres coobligés cambiaires, mais dès lors, doit-il imputer sur le solde du compte courant les paiements obtenus des coobligés après contrepassation ? A l'inverse, doit-il déduire des sommes réclamées aux coobligés les acomptes ou les dividendes payés par le remettant ou son syndic et à valoir sur le solde du compte. La réponse à cette double question dépend de la situation du remettant au moment de la contrepassation : suivant qu'il est en faillite (4) ou *in bonis*, l'article 521 du Code de Commerce (542 ancien) recevra ou non application.

Mais, en notre matière, le jeu de l'article 521 est altéré par la présence du compte courant. Cet article reçoit une application plus large : au lieu de jouer dans les limites de l'obligation cambiaire garantie par les coobligés, il assurera le paiement intégral du solde du compte ; l'indivisibilité de celui-ci confère au banquier escompteur un véritable privilège difficile à justifier dans la mesure où il lèse les autres signataires de l'effet.

Nous préciserons les solutions données à ces deux problèmes en envisageant successivement deux hypothèses principales, suivant que le remettant est en faillite ou *in bonis* au moment de la contrepassation. Nous sacrifierons ainsi au clacissisme et respecterons l'ordre chronologique dans lequel les différents problèmes se sont posés aux tribunaux.

Sous-section I. — Les effets de la contrepassation effectuée lorsque le remettant est en faillite

360. — La faillite du remettant, nous l'avons vu (5), ne met pas obstacle à la contrepassation : le banquier a toujours la possibilité d'inscrire immédiatement au débit du remettant les effets déjà échus et impayés et les effets à échoir au fur et à

(1) Montpellier, 23 janvier 1952, J.C.P. 1952, II, 6788.

(2) H. Cabrillac, J.C.P. 1952, I, 983.

(3) Cass. 25 janvier 1955, J.C.P. 1955, II, 8547, note H. Cabrillac et les arrêts cités *infra*, n° 377.

(4) Ou en état de règlement judiciaire ; pour la commodité de l'exposé, nous ne parlerons que de la faillite, les solutions étant identiques.

(5) Voir *supra*, n° 348 et suivants.

mesure de leur échéance et de leur non-paiement. C'est dans cette hypothèse que le problème des effets de la contrepassation est apparu, avant de se poser dans celle où le remettant est *in bonis* ; c'est ici, en effet, qu'il revêt le plus d'intérêt en raison de l'insolvabilité du remettant.

Il importe au plus haut point de déterminer en premier lieu le sort des effets escomptés et contrepassés. Si automatiquement le banquier perd dans tous les cas la propriété des effets, il a intérêt à ne pas contrepasser pour continuer à bénéficier de la garantie solidaire des débiteurs cambiaires. Si au contraire, il conserve la propriété des effets, il a intérêt à contrepasser afin d'ajouter aux garanties inhérentes aux effets celles du compte courant.

Son intérêt sera encore plus évident s'il n'a pas imputé les sommes reçues des divers coobligés sur le montant du solde pour lequel il produit à la faillite du remettant, et si, inversement, il n'a pas à déduire le dividende reçu des sommes réclamées à ces coobligés : il pourra cumuler un dividende, calculé sur une base élargie du montant de l'effet contrepassé, et le paiement de cet effet.

Ces deux problèmes sont tranchés depuis longtemps par la jurisprudence ; leurs solutions font partie du droit positif, elles nous paraissent justifiées si l'on voit dans la contrepassation un mode particulier d'exercer le recours cambiaire.

I. - LE SORT DES EFFETS

361. — Suivant le principe dégagé clairement par l'arrêt du 25 janvier 1955, pour déterminer le sort des effets contrepassés, il faut rechercher si la contrepassation équivaut ou non au paiement de l'effet. Le problème se pose ainsi : la faillite du remettant a arrêté le fonctionnement normal du compte courant : un solde provisoire a été dégagé. L'opération de contrepassation va consister à fondre dans un solde définitif ce solde provisoire et la créance cambiaire du banquier. Dès lors, pour savoir si la contrepassation équivaut ou non au paiement de cette créance, une analyse comptable s'impose : le solde provisoire est-il suffisamment créateur au profit du remettant pour éteindre la créance du banquier ? Le sort de l'effet en dépend. Trois hypothèses sont concevables.

362. — Première hypothèse : *Après la contrepassation, le solde définitif se trouve créateur au profit du remettant ou soldé par une balance en équilibre exact.*

La contrepassation équivaut, dans ce cas, au paiement de la créance cambiaire du banquier : celle-ci se trouve payée par compensation avec le solde provisoire du compte établi au jour

de la faillite, et suffisamment créancier pour l'absorber entièrement. *Le banquier est rempli de tous ses droits, il doit restituer l'effet contrepassé au syndic du remettant.* L'opération d'escompte est dénouée. Cette solution n'est contestée ni par la jurisprudence, ni par la doctrine (1).

363. — Deuxième hypothèse : *Après la contrepassation, le solde définitif se trouve débiteur à la charge du remettant.*

Par une longue série d'arrêts (2), la Cour de Cassation a décidé que le banquier conserve la propriété de l'effet contrepassé. La doctrine, devant le laconisme des arrêts, s'est ingénisée à trouver une justification à cette solution ; certains auteurs l'ont même repoussée (3). La règle posée par l'arrêt du 25 janvier 1955 fournit une explication très simple : ici, la contrepassation n'équivaut pas au paiement de l'effet ; ainsi que le dit excellemment M. Hamel, « si le débit est supérieur ou égal au montant de l'effet contrepassé, il ne s'est produit du fait de la contrepassation aucune compensation qui ait pu diminuer ou supprimer une créance du failli contre le banquier. Et si le débit du solde est inférieur au montant de l'effet contrepassé, c'est que le montant de l'effet n'a été employé que partiellement à éteindre la créance du failli contre le banquier ; l'excédent non utilisé à cette fin constitue le solde débiteur du compte. Dans ces cas, il est impossible de dire que le banquier récepteur exerçant son droit de recours a été payé par le failli ; il n'a en réalité rien reçu, ou il n'a

(1) Hamel, t. I, nos 427 et 430 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 553, p. 375, Ferrière et de Chillaz, n° 42. Voir l'article 15, premier alinéa, du projet établi par la Commission de réforme du C. Com., t. IV, p. 362 ; en jurisprudence : Trib. Seine, 28 janvier 1932, G. P. 1932, II, 642 ; 23 janvier 1934, G. P. 1934, I, 705.

(2) L'arrêt de principe date du 19 novembre 1888, D. 89, I, 409, S. 89, I, 159 ; 22 juillet 1942, D. C. 1943, 70, note A. Chéron ; S. 1942, I, 132. La question ne se plaide plus.

(3) Pour les auteurs qui expliquent la contrepassation par le jeu d'une condition résolutoire (Lacour et Bouteron, t. II, n° 1488) ou par une annulation pour défaut de cause (Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 820 ; Comp. Thaller, note au D. 1901, II, 290 et au D. 1907, I, 169), le maintien de la propriété de l'effet entre les mains du banquier est inexplicable. Le contrat d'escompte étant résolu ou annulé, l'effet redevient la propriété du remettant. Cette solution a été admise par quelques arrêts (Poitiers, 14 février 1889, D. P. 1890, II, 335, note Boistel ; Riom, 23 février 1909, D. P. 1911, II, 337 ; Trib. Com. Saint-Etienne, cité par M. Lacour dans sa note au D. P. 1906, I, 353 ; Besançon, 2 mars 1935, D. H. 1935, p. 258) et en général tous les auteurs qui ont admis la théorie de Thaller.

reçu qu'un paiement partiel (1) ». Comme tout porteur impayé il doit conserver la propriété de l'effet contrepassé (2).

364. — De cette solution fortement établie, la jurisprudence a déduit diverses conséquences dont la plus essentielle est la suivante : le banquier demeurant propriétaire de l'effet conserve également les sûretés qui y sont attachées et notamment le droit de poursuivre les différents signataires garants solidaires du paiement (3).

A première vue, cette solution semble impossible à admettre. Du fait de son introduction dans le compte courant, la créance cambiaire a dû subir les effets de la novation et les sûretés qui la garantissent ont dû disparaître. Comment, dès lors, expliquer que le banquier peut toujours invoquer la garantie solidaire des différents signataires des effets contrepassés ? Les solutions de la jurisprudence ne sont-elles pas en contradiction avec l'effet novatoire du compte courant ?

M. Hamel répond à cette objection et explique le maintien des garanties cambiaires au profit du banquier par un recours à une fiction : « Malgré la passation en compte courant, quelques-uns des droits nés du recours en garantie n'ont pas été éteints (4). »

Le recours à une telle fiction nous paraît inutile ; il suffit d'interpréter simplement la volonté des parties. Le compte courant n'est pas un mécanisme rigoureux qui fonctionne à l'encontre de la volonté des parties et qui produit ses effets automatiquement envers et contre tout ; c'est une création de la pratique née de la convention des parties et dont les effets doivent être modelés conformément à leur volonté expresse ou tacite (5). Dès lors, il suffit de constater que l'effet novatoire repose sur la volonté des parties — ce dont personne ne doute — et que cette volonté n'est plus la même lorsque la

(1) Hamel, n° 427, p. 661 ; en ce sens, Ripert par Durand et Roblot, t. I, n° 1853.

(2) Ce droit de propriété n'est d'ailleurs pas absolu, il n'est laissé au banquier que pour assurer le paiement de l'effet que la contrepassation n'a pu effectuer. Si le banquier n'exerce pas de poursuite contre les divers coobligés, le syndic de la faillite du remettant pourra se substituer à lui. Besançon, 28 janvier 1927, *Revue Droit bancaire*, 1927, p. 448.

(3) Tous les arrêts de la Cour de Cassation consacrent cette solution. Voir entre autres 19 novembre 1888 et 22 juillet 1942 précités.

(4) T. I, n° 427, p. 662.

(5) Cf. H. Cabrillac, note au J.C.P. 1947, II, 4012 : « ... Il ne faut pas oublier que toute la construction du compte courant, en France du moins, repose sur un fondement contractuel. Il importe donc de rechercher l'intention des parties pour déterminer le mécanisme juridique le plus favorable au bon fonctionnement du compte. »

faillite de l'une des parties est survenue, empêchant toute opération nouvelle — ce qu'il nous faut démontrer.

Lorsque les parties sont toutes deux *in bonis*, et le compte courant en cours de fonctionnement, il est conforme à leur volonté que chaque créance incorporée dans le compte soit novée en un article de ce compte : c'est l'objet même de la convention du compte courant. Chaque partie accepte que sa créance soit dépouillée de ses garanties pour être remplacée par un article car elle fait confiance à son cocontractant et sait, ou espère, que des remises en sens inverse viendront couvrir cet article qui, ainsi, au jour de la clôture, sera payé par compensation ; elle s'estime payée par l'amélioration de sa position créditrice. Le fondement de l'effet novatoire réside dans la certitude que l'article sera compensé par des articles en sens inverse et, à défaut de certitude, dans la confiance accordée à l'autre partie. Or, ce fondement fait défaut lorsque survient la faillite de l'une des parties ; ici, la situation est tout autre, et l'on doit présumer que la volonté des parties est différente.

Au jour de la faillite du remettant, un solde provisoire a été établi : il s'avère débiteur à la charge du remettant, on connaît l'importance de son débit et l'on sait qu'aucune opération nouvelle ne viendra renverser la balance à son profit. Serait-il sensé d'admettre que le banquier fait encore confiance au remettant et qu'il espère en une remise nouvelle qui rendra le solde débiteur à sa charge et qu'il s'estime payé par une amélioration de sa position créditrice (1) ? Ce qui peut justifier chez les parties la volonté de nover leur créance en article de compte fait ici défaut. L'effet novatoire devient absolument contraire à la volonté des parties.

Ainsi, la volonté des parties explique parfaitement la survie des garanties attachées à la créance cambiaire passée en compte après la faillite du remettant.

365. — Une dernière précision s'impose : si le banquier, malgré la contrepassation, a le droit de poursuivre les signataires de l'effet, il ne peut poursuivre le remettant. La contrepassation n'est que l'exercice du recours en garantie selon des modalités différentes. Ayant contrepassé, le banquier ne peut exercer une seconde fois son recours en poursuivant directement le

(1) En ce sens, les conclusions de M. l'avocat général Charbonnier, sous Rouen, aud. sol. 1^{er} juillet 1958, J. C. P. 1958, II, 10725 ; « Lorsqu'il contrepassé après faillite, le banquier sait qu'il ne pourra jamais toucher qu'un dividende, on ne peut dès lors concevoir que, ce faisant, il ait renoncé à son droit sur l'effet. Et c'est pourquoi la Cour de Cassation admet la persistance de son droit de propriété.

remettant. Doctrine et jurisprudence sont fixées en ce sens (1). MM. Ferronnière et de Chillaz (2) déduisent de cette solution que : « Ne pouvant plus poursuivre le cédant en vertu de l'effet, le banquier perd éventuellement ses recours contre l'avaliseur, car nul ne peut avoir plus de droits contre un garant débiteur subsidiaire qu'il n'en a contre le débiteur principal. » Cette solution nous semble injustifiée. La contrepassation, loin d'être un empêchement à l'exercice du recours cambiaire à l'encontre du remettant, est l'exercice même de ce recours. Le solde du compte étant débiteur à la charge du remettant, le recours s'est avéré infructueux, le banquier conserve donc la possibilité de se retourner contre tous les autres signataires, y compris l'avaliseur du remettant. On ne voit pas pourquoi ce dernier profiterait d'un régime de faveur.

Nous avons jusqu'à présent raisonné sur deux hypothèses simples : un seul effet était contrepassé et le solde provisoire était ou n'était pas suffisant pour l'absorber. Une troisième hypothèse plus complexe peut se trouver réalisée en pratique, son étude nous permettra de préciser les solutions précédemment dégagées et le fonctionnement du compte après la faillite de l'une des parties.

366. — Troisième hypothèse : *Lorsque le banquier désire contrepasser plusieurs effets, le solde provisoire peut être suffisamment créditeur au profit du failli pour absorber les premiers effets qui seront contrepassés, mais insuffisant pour les absorber tous.*

— Doit-on considérer les premiers effets contrepassés et absorbés par le solde provisoire comme payés par compensation alors que les derniers, non absorbés par le solde provisoire devenu débiteur du fait des premières contrepassations, seraient impayés et resteraient la propriété du banquier ?

— Ou bien doit-on rattacher uniquement au solde définitif établi après la contrepassation de tous les effets, et s'il s'avère débiteur à la charge du failli, déclarer que tous les effets, même les premiers contrepassés, sont impayés et restent la propriété du banquier ?

Un jugement du Tribunal de Commerce de Montereau a tranché cette délicate question en répondant par l'affirmative à la deuxième question (3). Cette décision a reçu l'approbation de la doctrine la plus autorisée et nous paraît s'imposer. En effet, admettre la première solution serait consacrer la théorie

(1) Voir *supra*, n° 357 et 358.

(2) N° 42, p. 51, et n° 279, p. 253.

(3) 10 mai 1892, D. 92, II, 449, note Boistel. Dans le même sens, Hamel, t. I, n° 430, p. 666, et la note 1 ; Escarra et Rault, t. VI, p. 375, note 2.

dite des compensations successives : chaque effet contrepassé se compenserait avec le solde restant dû par le banquier après la précédente contrepassation, et ainsi de suite jusqu'à ce que le crédit du failli soit épuisé, les effets restant encore à contrepasser demeurent impayés et la propriété du banquier. Or, cette théorie des compensations successives est rejetée par la jurisprudence et la majorité de la doctrine (1). Certes, la survenance de la faillite de l'une des parties altère le fonctionnement du compte courant, mais cette altération n'est pas suffisante pour rendre admissible une théorie repoussée lorsque le compte fonctionne normalement. L'effet novatoire ne peut plus se produire car il serait contraire à la volonté des parties, mais l'indivisibilité du compte doit être maintenue. La clause sauf encaissement ne révèle pas chez le banquier *uniquement* la volonté de compenser sa créance cambiaire avec un solde éventuellement créditeur au profit du failli, mais encore la volonté d'intégrer véritablement cette créance dans le compte courant, de la fondre aux autres articles dans le solde définitif.

En somme, au jour de la faillite du remettant commence l'agonie du compte ; une nouvelle période de fonctionnement s'ouvre, qui a uniquement pour but d'assurer la liquidation des opérations antérieures. Au jour de la faillite, le compte est soldé, c'est le premier acte de la liquidation ; il faut bien connaître son résultat. A ce solde provisoire, qui constitue le premier article de la période de liquidation, viendront s'ajouter d'autres articles représentant le résultat des opérations antérieures et principalement les créances cambiales nées du non-paiement des effets escomptés. Tous les articles représentant les différents effets contrepassés forment un tout indivisible. En fin de liquidation, ils se compenseront d'un bloc avec tous les articles figurant au crédit du failli (le solde provisoire supposé créditeur), sans qu'il soit possible de dire que tel article a été compensé de préférence à tel autre. Si le solde définitif s'avère débiteur à la charge du failli, force est d'admettre qu'aucun des effets contrepassés n'a été payé intégralement et qu'en conséquence ils demeurent tous la propriété du banquier (2).

367. — *En conclusion* : on peut énoncer les règles suivantes, conformes d'ailleurs aux décisions jurisprudentielles les mieux établies :

(1) Voir notamment l'article de M. D. Bastian au J.C.P. 1940, I, 178, n° 16.

(2) La décision du Tribunal de Commerce de Montereau est donc très intéressante ; elle admet : 1° Que le compte continue de fonctionner pour assurer la liquidation des opérations antérieures (note Boistel *in fine*) ; Cf. Rouen, 24 avril 1948, J. C. P. 1948, II, 4464 ; note de Larguier, R. T. D. Com., 1948, p. 697, obs. Houlin ; 2° Que l'indivisibilité du compte continue de jouer. Voir *infra*, n° 373.

1° Pour déterminer si la contrepassation équivaut au paiement de l'effet, il faut considérer uniquement le solde définitif du compte, toutes les contrepassations et autres opérations de liquidation une fois effectuées ;

2° Si ce solde définitif demeure créateur au profit du failli, le banquier a été payé de sa créance cambiaire et il doit restituer l'effet ;

3° Si, au contraire, ce solde définitif est débiteur à la charge du failli, le banquier n'a pas été rempli de ses droits de porteur par la contrepassation ; il conserve la propriété de l'effet avec toutes les sûretés attachées à sa créance cambiaire ; celles-ci demeurent malgré l'incorporation de la créance dans le compte courant, l'effet novatoire n'ayant pu se produire en raison de la volonté contraire des parties. Il en est ainsi, notamment, de la garantie solidaire des divers signataires de l'effet.

II. - LE CUMUL DU DIVIDENDE PERÇU DANS LA FAILLITE DU REMETTANT ET DES SOMMES REÇUES DES COOBLIGÉS

368. — Le banquier produit à la faillite du remettant pour le solde du compte courant tel qu'il a été établi après contrepassation. Il perçoit donc un dividende sur le montant de l'effet contrepassé. Mais, par ailleurs, il peut poursuivre les autres signataires de l'effet et recevoir d'eux le paiement partiel ou intégral de sa créance cambiaire. Peut-il cumuler les sommes ainsi reçues des coobligés cambiaires et les dividendes touchés dans la faillite du remettant sur le montant de l'effet contrepassé ? Dans l'affirmative, quelle est la limite de ce cumul ? Voyons d'abord les solutions de la Cour de Cassation, avant de rechercher leur explication.

A. - LA SOLUTION DE LA COUR DE CASSATION.

369. — Depuis l'arrêt du 19 novembre 1888 (1), la Cour de Cassation se prononce pour le cumul des paiements reçus des coobligés et du dividende, jusqu'au parfait paiement du solde définitif du compte courant.

De ce principe, elle a déduit les deux conséquences suivantes :

1° Le banquier qui a commencé de poursuivre les coobligés avant de toucher un dividende dans la faillite du remettant « n'est pas tenu d'imputer sur le chiffre de sa production le montant des sommes qui ont pu lui être payées depuis la

(1) Civil, 19 novembre 1888, D. 1889, I, 409 ; S. 1889, I, 159.

faillite par les tiers coobligés du failli (1) », (d'où le nom de système de la production intégrale). Aucune distinction n'est à faire suivant que l'effet a été payé partiellement ou totalement par ses signataires (2), même dans ce dernier cas, le banquier continue à produire pour l'intégralité du solde tel qu'il est établi après contrepassation. Il pourra ainsi percevoir un dividende calculé sur une base élargie, et par suite plus important. C'est seulement dans le cas où le dividende perçu ultérieurement, cumulé avec les sommes déjà perçues des coobligés, vient à dépasser le solde du compte, que le banquier doit venir en compte avec le syndic pour liquider cet excédent et décider de son attribution (3).

Cette première règle comporte une exception. Un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 5 juin 1944 (4), décide que les versements opérés par un tiers, non obligé à la dette cambiaire, doivent s'imputer sur le solde établi après contrepassation. Cette décision est pleinement justifiée. Comme nous le verrons, le système de la production intégrale repose essentiellement sur l'article 521 du Code de Commerce (542 ancien). Or, dans sa lettre comme dans son esprit, cet article ne vise que les paiements effectués par les coobligés. Ce texte d'exception crée une solidarité renforcée et doit recevoir une application stricte. On ne peut l'étendre à des hypothèses qu'il ne prévoit pas, et notamment au paiement de l'effet par un tiers étranger à la dette cambiaire (5), par exemple d'un tiré non accepteur (6).

370. — 2° Réciproquement, le banquier qui a d'abord perçu un dividende dans la faillite du remettant n'a pas à déduire

(1) Civil, 19 novembre 1888, précité. Les arrêts se sont succédés ; parmi les derniers en date, voir notamment : Civil, 10 mai 1937, S. 1937, I, 256 ; G. P. 1937, I, 286 ; Civ. 21 décembre 1937, S. 1939, I, 12 ; G. P. 1938, I, 669, dont les formules reproduisent celles de 1888 ; Civ., 22 juillet 1942, D. C. 1943, VII, 70, note Chéron.

(2) En plus des arrêts précités, voir Montpellier, 19 avril 1899 ; Caen, 28 janvier 1899, D. P. 1901, II, 289, note Thaller ; Paris, 4 juin 1900, D. P. 1901, II, 169, note Boistel ; Lyon, 13 juin 1925, D. P. 1926, II, 145, note Chéron ; Colmar, 21 juillet 1931, D. P. 1932, II, 73, note Chéron ; Rennes, 25 juillet 1932, D. P. 1933, II, 121, note Chauveau.

(3) Pour l'attribution de cet excédent, il faut appliquer l'article 522 C. Com. qui précise que l'excédent doit être attribué suivant l'ordre des engagements à ceux des coobligés qui ont les autres pour garants. Dans la majorité des cas, cet excédent reviendra à la faillite du remettant dont les autres signataires sont généralement les garants. Mais l'inverse peut se produire : certains signataires peuvent avoir un recours cambiaire (avaliseur), ou un recours de droit commun (tiré qui n'a pas reçu provision), contre le remettant. L'excédent doit leur revenir.

(4) J.C.P. 1945, II, 2787, note P. Lescot, S. 1945, I, 67.

(5) Lescot, note précitée ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 42 ; Percerou et Desserteaux, t. II, n° 856.

(6) Piret, n° 225, p. 302, et la jurisprudence belge citée par cet auteur.

ce dividende des sommes qu'il réclame aux coobligés ; il peut toujours exiger d'eux le paiement intégral de l'effet jusqu'à complet paiement du solde du compte courant. La solution a été dégagée pour la première fois, par l'arrêt du 16 février 1906 (1), des principes posés en 1888. En aucun cas les signataires de l'effet ne sont fondés à soutenir que le banquier doit imputer sur le montant de l'effet le dividende touché dans la faillite du remettant. Si le banquier, par le cumul, perçoit au-delà du solde du compte, l'excédent revient à celui des coobligés qui avait les autres pour garants (2).

B. - JUSTIFICATION DE LA SOLUTION DE LA COUR DE CASSATION.

371. — Si l'on voit dans la contrepassation une modalité d'exercice de recours du change, il n'y a aucune difficulté pour justifier la solution jurisprudentielle dans la mesure où le cumul du dividende et des paiements effectués par les tiers coobligés n'excède pas le montant de l'effet contrepassé ; mais il en va autrement dans l'hypothèse inverse.

372. — a) Tant que le cumul des dividendes et des acomptes n'excède pas le montant de l'effet, la solution se justifie par un simple recours à l'article 521 du Code de Commerce (542 ancien) (3), aux termes duquel le créancier d'une obligation solidairement garantie, peut produire dans la faillite de l'un des coobligés pour l'intégralité de sa créance, sans avoir à en déduire les versements obtenus, depuis le jugement de faillite, des autres coobligés même *in bonis*, jusqu'au parfait paiement de la créance.

En l'espèce, les différents signataires de l'effet impayé sont bien obligés solidairement envers le banquier escompteur et l'un d'entre eux se trouve en faillite : le remettant. Si le banquier avait produit directement à la faillite du remettant pour le montant de l'effet, il aurait pu cumuler les versements des coobligés et le dividende reçu jusqu'à parfait paiement de l'effet. Le fait que la créance cambiaire du banquier ait été incorporée dans le compte ne doit rien changer à la question, puisque nous avons vu que la garantie solidaire des

(1) D.P. 1907, I, 169, note Thaller. Voir également Bordeaux, 24 novembre 1925, D. H. 1926, 123 ; Angers, 9 mars 1926, D. H. 1926, 338 ; Paris, 24 juillet 1933, G. P. 1933, II, 771.

(2) Lorsque le coobligé poursuivi est *in bonis*, nous pensons que le banquier ne peut exiger au-delà du solde du compte courant, même si le montant de l'effet est supérieur. Le banquier ne doit pas se faire l'agent collecteur du syndic de la faillite du remettant.

(3) La Cour de Cassation fonde expressément sa solution sur l'article 542 du Code de Commerce. Voir notamment les arrêts rapportés au D. C. 1943, 70, note A. Chéron. Cass. Civ. 14 octobre 1940, 27 janvier 1941, 7 et 22 juillet 1942.

autres signataires demeurerait. L'effet contrepassé vient s'ajouter au solde du compte et figure dans la production du banquier à la faillite du remettant : il est certain que jusqu'à complet paiement le banquier peut cumuler dividende et acompte, il n'a pas à opérer la moindre déduction.

373. — b) Mais, et voici où les difficultés commencent, l'article 521 ne prévoit ce cumul que jusqu'au parfait paiement de la créance solidairement garantie, c'est-à-dire en l'espèce de l'effet contrepassé.

A considérer uniquement l'article 521, dans le cas où l'effet se trouve déjà payé par le dividende et les acomptes reçus, le banquier devrait remettre au syndic l'excédent ainsi perçu, même si le solde du compte n'est pas complètement payé ; et si l'un des signataires paie intégralement l'effet, il faudrait déduire celui-ci du montant de la production. Ce serait là le jeu normal du mécanisme des coobligés.

La Cour de Cassation admet cependant la solution opposée. Le mécanisme des coobligés continue de s'appliquer jusqu'au paiement intégral du solde du compte tel qu'il est établi en cas de contrepassation ; et c'est en cas de dépassement de celui-ci, et non pas de l'effet, que l'excédent sera reversé au syndic du remettant. Cette solution revient à affirmer que les coobligés garantissent, à concurrence du montant de l'effet dont ils sont signataires, le solde débiteur du compte courant alors qu'ils garantissent seulement la créance née du non-paiement de l'effet. Or, le jeu de l'article 521 suppose à l'évidence que les divers coobligés sont tenus de la même dette. N'est-ce point étendre arbitrairement cet article au-delà de son domaine que de l'appliquer au solde du compte qui comprend bien la dette garantie (l'effet contrepassé), mais également d'autres dettes absolument étrangères aux tiers coobligés ? C'est cette extension du mécanisme des coobligés à la dette du solde, qui constitue l'originalité de la construction jurisprudentielle (1).

Pour tenter d'expliquer, sinon de justifier cette solution, il faut invoquer à la fois l'article 521, base du système, et l'indivisibilité du compte courant.

(1) Voir les observations de MM. Escarra et Rault, t. VI, n° 568, p. 387. Un exemple chiffré permet de mieux saisir l'intérêt de la question : 1° Si le banquier produit directement à la faillite de son client pour un effet de 400, s'il touche des coobligés 300 et si la faillite distribue un dividende de 50 %, il encaisse au total : $300 + 200 = 500$. Il doit restituer 100 à la faillite. 2° Si le banquier incorpore sa créance cambiaire dans le solde du compte courant débiteur de 600, le solde définitif s'établit à 1 000. Le banquier encaisse 300 des coobligés + 500 de dividende = 800. Il ne doit rien restituer à la faillite, même pas les 100 perçus en excédent sur le montant de l'effet. Le système des coobligés a fonctionné dans le cadre du solde, et non pas dans celui de la créance cambiaire solidairement garantie.

La créance cambiaire du banquier s'est fondue dans le solde du compte, dans ce bloc indivisible qu'il est juridiquement impossible de scinder pour en extraire une de ses composantes en vue de lui faire subir un sort particulier. Ainsi, par le jeu de l'indivisibilité, les tiers coobligés se trouvent en quelque sorte codébiteurs solidaires du solde jusqu'à concurrence du montant de l'effet qui s'y trouve irrémédiablement dissout. Le cumul autorisé par l'article 521 est dès lors possible jusqu'au parfait paiement du solde, créance solidairement garantie pour partie par les signataires de l'effet (1).

M. Hamel, tout en recourant à une fiction de droit, admet cette explication : « La jurisprudence a admis que, malgré la passation dans le compte courant, quelques-uns des droits nés du recours en garantie n'ont pas été éteints; mais, comme ces droits ne pouvaient rester attachés à l'article du compte représentant le recours en garantie, elle les a transportés sur le solde débiteur du compte lui-même (2). »

374. — Il paraît surprenant d'expliquer la solution jurisprudentielle par le jeu de l'indivisibilité du compte courant après la faillite du remettant, alors que l'effet novatoire est exclu; ces deux notions sont en effet complémentaires. Une créance devient d'autant mieux partie d'un tout indivisible qu'elle est novée en un article de compte. Il n'y a là cependant rien de nécessaire, et le bouleversement entraîné par la faillite du remettant consiste, précisément, dans la dissociation de ces deux effets traditionnels du compte courant.

— D'une part, la faillite, en arrêtant le fonctionnement du compte pour l'avenir, interdit d'évoquer la confiance réciproque des parties, fondement de l'effet novatoire.

(1) Dans le sens indiqué au texte, voir *Enc. D. D^e Com.*, V^o Faillite, Règlement judiciaire, n^o 123, et la jurisprudence citée. Voir notamment *Civ.*, 5 février 1906, D^e 1907, I, 169, note Thaller : « ... Le solde de ce compte ainsi cautionné par eux (les coobligés) jusqu'à concurrence des sommes, montant de leur engagement. » A proprement parler, les signataires de l'effet ne cautionnent pas le solde du compte jusqu'à concurrence du montant de l'effet, mais en raison de l'indivisibilité du compte, ils sont dans l'impossibilité juridique de rechercher le dividende afférent à l'effet, et sont obligés, à eux tous, de le payer intégralement : le résultat pratique est identique.

M. Trasbot, commentant à ce propos l'arrêt du 19 novembre 1888 (*Ann. D^e Com.*, 1937, p. 302 *in fine*) écrit : « L'arrêt ne parle pas d'indivisibilité du compte courant, mais l'idée y est et a été reprise depuis. » Cette remarque est parfaitement exacte. Cependant, M. Trasbot critique cette application de l'indivisibilité du compte courant : « ... par la contrepassation, on écarte l'indivisibilité du compte courant. Dès lors, pourquoi y revenir quand il s'agit des effets de cette même contrepassation ? » Cette critique ne porte pas, car la contrepassation étant, selon nous, l'inscription en compte de la créance cambiaire du banquier, n'est pas une exception à l'indivisibilité, tout au contraire.

(2) T. I, n^o 427, p. 662.

— Mais, d'autre part, la faillite ne met pas obstacle à l'exécution de la volonté des parties exprimée dans la clause sauf encaissement (prise dans son deuxième sens) et il est nécessaire d'incorporer la créance cambiaire du banquier dans le compte courant, d'où le jeu de l'indivisibilité et la nécessité de reporter la garantie solidaire des signataires de l'effet sur le solde du compte (1).

375. — Fondée sur l'indivisibilité du compte courant, la solution de la Cour de Cassation paraît donc justifiée entre parties et même à l'égard des créanciers du remettant failli. Par rapport à ces derniers, le banquier se trouve très avantagé, mais cet avantage résulte du jeu de l'article 521, allié à la convention de compte courant et à la clause sauf encaissement, toutes deux opposables à la masse.

376. — Cette solution entraîne cependant des conséquences par trop sévères à l'égard des signataires de l'effet qui disposaient d'un recours cambiaire ou de droit commun à l'encontre du failli : si le banquier avait laissé l'effet impayé en dehors du compte courant et produit séparément pour son montant à la faillite de son client, il aurait dû renoncer à cette production au cas de paiement intégral de l'effet par les autres coobligés, et ces derniers auraient pu produire à leur tour à la faillite dans la double mesure de leur versement et de leur recours. Le système de la Cour de Cassation a pour conséquence logique d'interdire ces productions récursoires de l'article 522. En effet, malgré le paiement intégral de l'effet, le banquier maintiendra sa production à la faillite, épuisant ainsi à son avantage la quote-part d'actif revenant à l'effet. A l'égard de ces coobligés privés de leur recours, le système de la Cour de Cassation est difficilement justifiable. Il revient à leur opposer la convention de compte courant à laquelle ils sont totalement étrangers, et, par le jeu de l'indivisibilité du compte, à étendre arbitrairement sans leur accord, même tacite, l'engagement qu'ils ont assumé en signant l'effet escompté. Or, la convention de compte courant ne devrait point préjudicier ainsi aux intérêts des tiers. « Res inter alios acta aliis neque prodesse, neque nocere potest. »

Cette objection vient troubler le mécanisme minutieux mis au point par la Cour de Cassation. Il y a heurt entre le respect de la convention de compte courant entre parties et

(1) Il faut, semble-t-il, donner la même solution lorsque le titre escompté est une traite documentaire ou un warrant. La garantie attachée aux documents ou au warrant doit jouer pour assurer le paiement du solde débiteur du compte et non pas seulement le paiement du titre escompté.

l'inopposabilité de cette convention aux tiers. Un choix était nécessaire. Par sa décision souveraine, la Cour de Cassation a sacrifié ces derniers au banquier dispensateur de crédit. Un usage s'est ainsi créé en ce sens, la solution fait corps avec notre droit positif (1).

Sous-section II. — Les effets de la contrepassation effectuée lorsque le remettant est in bonis

377. — « Si la contrepassation d'effets non payés à l'échéance intervient à un moment où le remettant étant encore *in bonis* le compte n'est pas clôturé, elle équivaut à un paiement, et, privant le banquier récepteur de tous ses droits sur les effets contrepassés, lui interdit d'en réclamer le montant en justice. » Telle est la règle posée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 25 janvier 1955 (2).

Mais en est-il de même lorsque le compte courant a cessé de fonctionner ? La Cour de Cassation ne l'admet pas (3).

I. - LE COMPTE COURANT FONCTIONNE AU MOMENT
DE LA CONTREPASSATION

A. - LA SOLUTION DE L'ARRÊT DU 25 JANVIER 1955.

378. — Cette solution n'est pas nouvelle. On a montré qu'il avait déjà été jugé que le banquier, face à un remettant *in bonis*, pouvait ne pas contrepasser et conserver en ce cas les effets pour exercer les recours qui y sont attachés ; ce qui

(1) La Commission de réforme du Code de Commerce a essayé de concilier l'efficacité de la convention de compte courant entre parties et l'inopposabilité de cette convention aux tiers signataires de l'effet en limitant le jeu du principe de l'indivisibilité. L'article 16, deuxième alinéa du texte adopté le 16 décembre 1951, dispose « ... si la balance du compte est telle au jour de la faillite ou du règlement judiciaire, que le solde du compte soit déjà débiteur à la charge du remettant avant la contrepassation des effets, le récepteur ne peut recevoir, par suite du cumul prévu au même article, une somme supérieure au montant contrepassé augmenté du dividende calculé sur le solde débiteur du compte avant contrepassation, son droit à dividende dans la faillite ou règlement judiciaire du remettant se trouvant réduit de plein droit en conséquence. » *Travaux*, t. IV, n° 363.

(2) J.C.P. 1955, II, 8547 bis, avec la note de M. H. Cabrillac. Cette solution est solidement établie en jurisprudence : Cass. Com., 19 décembre 1956, D. 1957, 287, note Ph. Neel, S. 1957, 289, note Meurisse, *Banque* 1958, p. 706, note X. Marin, G. P. 1957, I, 234 ; Cass. Com., 14 octobre 1957, D. 1957, 730, S. 1958, 15 ; Cass. 1^{er} juillet 1959, *Banque* 1960, p. 114 ; Rouen, 1^{er} juillet 1958, J. C. P. 1958, 10725, avec les conclusions de M. l'avocat général Charbonnier.

(3) Cass. Com., 14 avril 1959, *Banque*, 1959, p. 668, note X. Marin.

impliquait, *a contrario*, que la contrepassation l'aurait rempli de tous ses droits et privé de la propriété de ses effets (1). Mais c'est l'arrêt du 25 janvier 1955 qui, le premier, a posé et tranché la question d'une façon nette et catégorique.

La solution de la Cour de Cassation nous paraît pleinement justifiée, aussi bien dans le principe : la contrepassation effectuée lorsque le compte fonctionne équivaut au paiement de l'effet, que dans les conséquences de ce principe : le banquier doit restituer l'effet ainsi contrepassé au remettant, sauf convention contraire (2).

1° La contrepassation équivaut au paiement de l'effet.

a) Justification de cette solution.

379. — On a reproché à la Cour de Cassation de ne point justifier cette solution de principe (3). Le laconisme de l'arrêt du 25 janvier 1955 est aisément compréhensible : cette solution est fondée simplement sur les effets normaux du compte courant en cours de fonctionnement.

La contrepassation apparaît en l'espèce comme une remise ordinaire : c'est l'inscription dans le compte de la créance cambiaire née du non-paiement de l'effet escompté. Or, dès qu'une créance est incorporée dans le compte en cours de fonctionnement, l'effet novatoire joue, la créance cambiaire disparaît pour être remplacée par un simple article de crédit, et avec elle disparaissent les sûretés qui lui étaient attachées, notamment la garantie solidaire des autres signataires de l'effet escompté. Le banquier perd donc ainsi la possibilité de se retourner contre les autres garants (4). Cette substitution de l'article de crédit à la créance cambiaire est un mode particulier de règlement qui équivaut à un paiement (5). La créance du

(1) H. Cabrillac, J. C. P. 1952, I, 983 ; Ph. Neel, note au D. 1957, 289, § 3.

(2) En ce sens, Hamel, t. I, n° 431, p. 666 ; H. Cabrillac, J. C. P. 1952, I, 983, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, nos 62 et suivants ; Houin, R. T. D^t Com., 1952, p. 411, 13 ; Meurisse, note au S. 1957, 289.

(3) Ph. Neel, note précitée.

(4) La jurisprudence a appliqué à plusieurs reprises l'effet novatoire à l'entrée en compte d'une créance cambiaire. Cass. Civ. 25 avril 1910, D. P. 1912, I, 364, S. 1913, I, 265, note Bourcart ; Paris, 5 mars 1953, J. C. P. 1953, IV, p. 95, R. T. D^t Com., 1953, p. 714, n° 1, obs. J. Becqué et Cabrillac. Voir également la jurisprudence citée par Piret, n° 219, p. 293, note 1. Adde sur l'effet novatoire et la disparition des sûretés attachées à la créance inscrite en compte : Cass. Com., 10 juin 1949, et note critique par H. Cabrillac, J. C. P. 1949, II, 5106.

(5) Le doyen Ripert a écrit : « Quand Thaller comparait le compte courant à un creuset, il voyait juste. Les parties versent leurs créances dans le compte courant ; ces créances disparaissent comme si elles avaient été payées et le remettant laisse la somme au crédit de son

banquier est éteinte en contrepartie de l'inscription d'un article à son crédit.

380. — Cette solution paraît conforme à la volonté des parties (1). La convention de compte courant repose sur un rapport de confiance mutuelle ; chaque partie renonce à se prévaloir de sa créance et des garanties qui y sont attachées, en contrepartie de l'article de crédit qui viendra éventuellement se compenser avec d'autres articles en sens inverse. Cette compensation n'est qu'une probabilité et non une certitude. Cependant, chaque partie faisant confiance à l'autre, se considère comme payée par l'amélioration de sa position créditrice ; elle n'est plus que créancière éventuelle du solde du compte. Lors de l'opération d'escompte, le remettant s'est considéré comme payé par l'inscription de la valeur de l'effet à son crédit ; de même, le banquier doit se considérer comme payé par l'inscription de sa créance cambiaire à son crédit. Il n'y a pas lieu de supposer chez le banquier une volonté différente de celle du remettant. Le banquier a volontairement échangé l'effet contre cette inscription, dite contrepassation (2) ; peut-être a-t-il perdu au change, mais c'est là un risque inhérent à ce mode de règlement.

b) *Les objections adressées à cette solution. - Réfutation.*

381. — Deux objections principales ont été présentées :

1° La première, formulée par M. R. Percerou, est fondée sur l'analyse de la volonté présumée du banquier. N'est-il pas contraire à l'intention de ce dernier d'admettre qu'il s'estime payé d'une dette exigible par une inscription dans un compte courant dont le solde ne sera exigible qu'ultérieurement (3) ?

Il est aisé de réfuter cette objection. C'est le propre du compte courant de remplacer une créance exigible par un

compte... » (T. I, n° 1832, p. 845). « ... Il faut donc considérer que la créance passée en compte est éteinte et non pas seulement transformée » (n° 1833). En ce sens que la passation en compte équivaut au paiement, Hamel, t. I, n° 366, p. 576, et n° 431, p. 666 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 488, p. 307 ; H. Cabrillac, J. C. P. 1952, I, 983 ; Piret, n° 47, p. 64. *Contra* : R. Percerou (*Enc. D. D^t Com.*, V° Compte courant, n° 38) pour qui toutes les créances et dettes subsistent jusqu'à la clôture du compte « ... affectées pendant toute la durée du compte d'un terme suspensif de telle manière qu'elles se compenseront à la clôture ».

(1) Voir H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 41, n° 5 ; Ferrounrière et de Chillaz, n° 279, p. 253.

(2) La Cour de Rouen, dans son arrêt du 1^{er} juillet 1958, parle d'« abandon de propriété » par le banquier. L'idée est juste.

(3) *Enc. D. D^t Com.*, V° Compte courant, n° 109.

article de crédit qui ne sera réglé par compensation qu'à une date ultérieure, souvent fort éloignée, et qui jusque-là n'est pas exigible.

2° On a fait observer (1) également que la Cour de Cassation avait adopté deux solutions diamétralement opposées, suivant que la contrepassation a eu lieu avant ou après la faillite du remettant, et certains auteurs (2) ont même conclu à un abandon de la jurisprudence rendue en matière de faillite. Si la compensation peut valoir paiement au cas où elle s'opère avant la faillite, pourquoi en serait-il autrement après la faillite ?

En réalité nous sommes, dans les deux cas, en face de situations absolument dissemblables :

— Ici, le compte fonctionne *normalement*, l'inscription de la créance cambiaire est une remise ordinaire. Le banquier fait confiance à son client, il espère que le compte continuera de fonctionner et que des articles en sens inverse viendront compenser l'article porté au débit de son client : le banquier se considère comme payé par l'amélioration de sa position créditrice, c'est le jeu normal du compte courant et de l'effet novatoire, conformément à la volonté des parties.

— Là, au contraire, le compte est clôturé, il continue à fonctionner *uniquement* pour les besoins de la liquidation des opérations antérieures. Il ne s'agit plus de faire confiance au client et d'espérer que des articles nouveaux renverseront la balance. Il est donc contraire à la volonté du banquier de dire qu'il entend se dessaisir de l'effet et des garanties qui lui sont attachées contre un article de crédit. L'effet novatoire ne peut plus se produire (3).

2° Le banquier doit restituer l'effet sauf convention contraire.

382. — a) La Cour de Cassation a déduit très logiquement les conséquences de la solution du principe qu'elle avait dégagée : la contrepassation effectuée lorsque le compte fonctionne encore vaut paiement et prive le banquier de tous ses droits sur les effets contrepassés ; la créance cambiaire du banquier est éteinte et, selon le droit commun, il doit restituer l'effet à celui qui l'a payé pour lui permettre de se retourner à son tour contre ses garants. L'opération d'escompte est dénouée.

(1) R. Percerou, *Enc. D. D^e Com.*, V^o Compte courant, n^o 110 ; Ph. Neel, note au D. 1957, p. 290 (IV a) ; X. Marin, *Revue Banque*, 1958, p. 706.

(2) Argenson, Duthell et Toujas, *Le règlement judiciaire et la faillite*, n^{os} 385 et suivants.

(3) Voir *supra*, n^o 364 et les conclusions de M. l'avocat général Charbonnier, J. C. P. 1958, II, 10725.

Le banquier ne peut même pas retenir l'effet contrepassé au titre de droit de rétention, pour assurer le paiement ultérieur du solde du compte. La Cour de Bordeaux l'a admis implicitement en décidant que le fait pour le banquier de conserver les effets contrepassés pouvait donner lieu à des dommages-intérêts (1), ce qui serait impossible si le banquier pouvait exercer un droit de rétention légitime. Cette solution mérite d'être approuvée (2) ; il y aurait en effet contradiction à déclarer que la créance cambiaire du banquier est payée et à autoriser ce dernier à retenir les effets pour obtenir le paiement de cette créance. Le compte courant en cours de fonctionnement suppose d'ailleurs des rapports de confiance réciproques, exclusifs d'une mesure de coercition comme le droit de rétention. Au surplus, le solde du compte dont le montant est incertain ne deviendra exigible que plus tard, lors de la clôture du compte, or le droit de rétention suppose une créance certaine et exigible.

383. — b) Mais les parties peuvent déroger à cette conséquence logique par une clause expresse permettant au banquier de conserver l'effet contrepassé ; il pourra poursuivre les autres signataires de l'effet et, dès lors, se pose à nouveau le problème de l'imputation des acomptes versés par les coobligés après contrepassation.

Le banquier peut être autorisé par son client à conserver l'effet à des titres divers.

384. — 1° Tout d'abord, *il peut le conserver comme mandataire chargé d'en opérer le recouvrement.*

La Cour de Lyon, dans un arrêt du 30 janvier 1956, exige que la procuration figure sur le titre, en application de l'article 122 du Code de Commerce, un mandat par instructions séparées étant inopposable aux tiers, et notamment au tiré (3). Cette sévérité est injustifiée. Le mandat pour encaissement peut être prouvé autrement que par un endos de procuration ; « comme le plus souvent il a le caractère commercial, pour l'une et l'autre des parties, il est permis d'en établir l'existence par tous les modes de preuves visés à l'article 109 du Code de Commerce, notamment par lettre missive », écrivent MM. Lescot et Roblot (4). Il faut même aller plus loin et

(1) 29 avril et 20 mai 1958, *Revue Banque*, 1958, p. 706, note X. Marin.

(2) Voir en sens contraire, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 63 (mise à jour feuille jaune du 2, 1960, p. 1).

(3) J.C.P. 1956, II, 9291. Voir X. Marin, *Revue Banque*, 1958, p. 708, deuxième colonne.

(4) Lescot et Roblot, t. II, n° 567, p. 3 ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 298.

admettre que ce mandat peut être tacite et résulter de l'attitude des parties. En l'espèce, si le remettant ne revendique pas les effets contrepassés, on peut supposer que, tacitement, il a chargé le banquier du recouvrement. Cependant, si un tel mandat tacite permet d'effectuer des démarches auprès d'un coobligé, il est nécessaire d'être muni d'un pouvoir écrit pour agir en justice pour le compte du mandant.

En tant que mandataire, le banquier doit rendre compte à son mandant des paiements reçus et devra les porter à son crédit dans le compte courant. Cette opération n'est pas sans avantage pour le banquier. En inscrivant les sommes reçues au crédit du remettant, il couvrira l'article de débit correspondant à la créance cambiaire. En apparence, le résultat est identique à celui d'une convention de mise en gage d'un effet ; cependant, le banquier mandataire est dans une position bien inférieure à celle du banquier gagiste :

— Simple mandataire, le banquier peut se voir opposer toutes les exceptions opposables au remettant. Cet inconvénient est sérieux, généralement le tiré ne paie pas l'effet car il n'a pas provision, et il peut opposer cette exception au tireur. Or, le remettant est très souvent le tireur lui-même.

— Le mandat est toujours révocable.

— De plus, le banquier ne peut continuer à inscrire les sommes reçues des coobligés au compte courant après la faillite du remettant. Il devra les verser directement au syndic sans pouvoir les compenser avec le solde créditeur à son profit (1).

385. — 2° *Le banquier aura donc intérêt à stipuler qu'il conserve les effets à titre de gage pour garantir le paiement du solde du compte* (2).

Cette clause remédie dans une certaine mesure à la perte de la propriété de l'effet contrepassé, mais elle ne confère pas au banquier des avantages analogues à ceux dont il jouit au cas de contrepassation effectué après la faillite du remettant.

(1) La jurisprudence est formelle. Cass. 20 avril 1948, D. 1948, J. 375. Cette solution peut cependant être critiquée. Lorsque le mandat a été conféré au banquier, il était tacitement convenu que les sommes recouvrées seraient portées en compte : c'est le principe de l'affectation générale. Considérant cette rentrée prochaine de fonds, le banquier a pu consentir des avances (avances sur effets à encaisser, *supra*, n° 75). Ne faut-il pas, malgré la faillite, respecter les conventions antérieures des parties et porter en compte ce qu'elles avaient l'intention d'y porter. Les conventions de compensation *in futurum* antérieures à la faillite, et non frauduleuses, sont valables. En ce sens, Ferronnière et de Chillaz, n° 44, p. 53 et 54.

(2) Cette clause est parfaitement valable. Cass. Com., 14 avril 1959, *Banque* 1959, p. 668, note X. Marin ; Montpellier, 23 janvier 1952, J. C. P. 1952, II, 6788 ; Nîmes, 10 mars 1954 (non publié, cité par M. X. Marin, *Banque* 1958, p. 708, première colonne).

En effet :

a) Une clause expresse est absolument nécessaire (1), le remettant est redevenu propriétaire de l'effet, on ne peut pas, à défaut de clause explicite, supposer qu'il abandonne cet effet à titre de gage au banquier, pour garantir le solde du compte ; un endossement pignoratif n'est cependant pas nécessaire, une clause de convention de compte courant, une mention sur le bordereau d'escompte ou une simple lettre missive suffit ;

b) Une telle constitution de gage risque de tomber sous le coup des nullités de la période suspecte au cas de faillite du remettant (2) ;

c) Enfin, créancier gagiste, le banquier devra toujours imputer sur le montant de sa créance du solde les sommes qui lui ont été versées par les signataires du titre (art. 527, 548 ancien, du C. Com.) (2).

386. — 3° *Le banquier escompteur peut-il échapper à cette imputation par une clause expresse et tourner ainsi la solution de l'arrêt du 25 janvier 1955 ?* Cela n'est pas impossible. De telles clauses sont déjà apparues en pratique : une banque a stipulé qu'elle conservait la propriété des effets contrepassés.

(1) H. Cabrillac, J.C.P. 1952, I, 983 ; Ph. Neel, D. 1957, p. 289.

(2) Si cette constitution de gage est consentie en période suspecte, elle peut, théoriquement, être déclarée inopposable à la masse du remettant failli, en application de l'article 478 C. Com. (447 ancien). Mais, en toute hypothèse, elle ne pourra garantir le solde débiteur déjà existant au moment de sa constitution, mais seulement le débit apparu postérieurement. En effet, pour le débit déjà existant, la sûreté est considérée comme constituée pour une dette antérieure et tombe sous le coup de l'inopposabilité de droit de l'article 477 (446 ancien) (Civ. 15 janvier et 1^{er} octobre 1940, D.C. 1942, 93, note Hamel, J.C.P. 1940, 1450 ; Cass. Com., 22 avril 1955, J. C. P. 1955, II, 8730, note Bru, *Banque* 1957, p. 166, note X. Marin ; R. T. D^t Com., 1955, p. 635 et 666, et l'article de M. Bastian au J. C. P. 1941, I, 178). Un problème très délicat peut donc se poser pour déterminer la date exacte de cette constitution de gage. Est-ce le jour de la remise à l'escompte, le contrat d'escompte se doublant d'une mise en gage subsidiaire ? Ou bien le jour de la contrepassation, lorsque le droit du banquier s'efface pour laisser apparaître le seul droit du gage jusqu'alors masqué ? Il faut, croyons-nous, préférer la première solution, à moins évidemment que la constitution du gage n'ait été décidé qu'au jour de la contrepassation. Une constitution si tardive présenterait d'ailleurs un autre inconvénient. L'effet ainsi remis en gage est un effet échu, et l'endossement pignoratif consenti après l'échéance ne permet pas à l'endossataire de se prévaloir de l'inopposabilité des exceptions. Le banquier pourrait donc se voir opposer toutes les exceptions opposables à son client, et notamment le défaut de provision. Les banques devront veiller à stipuler cette clause sur les bordereaux d'escompte ou lors de l'ouverture du compte courant.

(3) Généralement, le banquier porte les sommes payées par les signataires à un compte spécial de garantie. Lors de la clôture du compte pour faillite du remettant, ou pour toute autre cause, le solde de ce compte s'impute sur la créance du banquier.

La Cour de Lyon, dans son arrêt du 30 octobre 1956 (1), a jugé que cette clause était inopposable aux tiers, et notamment au tiré comme constituant une contre-lettre au sens de l'article 1321 du Code civil, et qu'au surplus la liberté des conventions ne saurait permettre aux parties de s'attribuer des qualités juridiques (celle de propriétaire de l'effet) incompatibles avec la substance de leurs propres accords, et notamment au mépris de la règle suivant laquelle la contrepassation équivaut au paiement.

Cette solution nous paraît erronée. Les parties sont libres d'aménager les effets du compte courant comme elles l'entendent, notamment d'écarter l'effet novatoire, fondement de la solution de l'arrêt du 25 janvier 1955, et de décider que les sûretés garantissant une créance passée en compte seront reportées sur le solde du compte. Il n'y a là aucune simulation, mais une convention dont l'opposabilité aux tiers ne fait aucun doute (2).

La créance cambiaire née du non-paiement de l'effet est solidairement garantie par tous les signataires de l'effet. Si cette créance cambiaire du banquier est portée en compte, rien n'empêche les parties de décider que ces garanties personnelles sont reportées sur le solde éventuel du compte courant. Les tiers signataires de l'effet garantissent solidairement une quote-part du solde, comme dans le cas où la contrepassation a lieu après la faillite du remettant. Dès lors, si le remettant vient à tomber en faillite avant l'encaissement de l'effet, le banquier

(1) J. C. P. 1956, II, 9291. Le remettant avait adressé la lettre suivante au banquier escompteur : « Pour la bonne règle, je vous confirme nos conventions antérieures au sujet du fonctionnement du compte courant à votre établissement : 1° Toutes les valeurs portées à mon compte courant chez vous y seront inscrites, sous réserve de bonne fin, et seront contrepassées à mon débit en cas de non-paiement. Malgré cette contrepassation, simple annulation de l'écriture de crédit antérieure, il est entendu que vous resterez propriétaire des effets impayés et que vous serez en droit d'exercer tout recours contre les coobligés, sans qu'aucune novation quelconque puisse vous être opposée par qui que ce soit ; 2° ... En conséquence de quoi il est bien évident que dans le cas des deux effets acceptés, d'ensemble 600 000 francs, sur M. Plottier, dont vous êtes porteurs, vous n'avez jamais cessé d'être propriétaire desdits effets. Je reconnais expressément que, suivant nos conventions en tant que banquier escompteur vous êtes seuls qualifiés pour en poursuivre le recouvrement. »

(2) M. H. Cabrillac écrit : « La jurisprudence a admis, par application de l'article 1278 du Code civil, que les parties pouvaient, soit par la convention de compte courant, soit même lors de la passation de la créance dans le compte, stipuler que la garantie sera reportée sur le solde du compte à la clôture » (*J. Cl. Banque*, fasc. 41, n° 9). Adde Hamel, t. I, n° 366, p. 577. Voir Cass. Req. 15 juillet 1912, S. 1913, I, 36 ; Cass. Civ. 12 juin 1936, G. P. 1936, II, 422 ; Cass. Com., 10 juin 1949, J. C. P. 1949, II, 5106, note H. Cabrillac ; Lyon, 6 avril 1936, Mon. Jud. Lyon 13 novembre 1936.

pourra se prévaloir de l'article 521 du Code de Commerce et ne pas déduire les sommes ultérieurement recouvrées. Si l'effet est payé par les tiers signataires avant la déclaration de faillite du remettant, il devra imputer les sommes obtenues sur le solde du compte (art. 523, 544 ancien). La riposte des banques à l'arrêt du 25 janvier 1955 consistera donc dans un aménagement des effets du compte courant.

B. - LES AUTRES CONSTRUCTIONS PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE.

La solution de la Cour de Cassation a été vivement critiquée ; on a même douté de la fermeté de sa décision et deux autres constructions ont été proposées.

387. — 1° La première, soutenue par M. Percerou est basée sur une analyse de la contrepassation différente de celle que nous avons adoptée. « La convention de compte courant, écrit M. R. Percerou (1), n'est qu'une convention générale portant modalité de règlement de compensation globale d'un ensemble d'opérations. Elle est, par là même, sans incidence sur chaque opération prise isolément. Ce n'est qu'une fois la remise opérée, et le transfert de propriété réalisé, que le compte courant intervient pour imposer le règlement sous forme d'inscription en compte. Cette inscription, et elle seule, est alors soumise à la condition résolutoire sauf encaissement. Le seul effet logique de la réalisation de la condition est donc l'annulation de l'inscription, c'est-à-dire l'exclusion de la valeur remise, du règlement global qu'implique le compte courant. Le transfert de propriété de l'effet semble, par contre, devoir demeurer, l'endos n'étant soumis qu'à sa propre règle d'autonomie. L'opération se réglera alors par voie de compte séparé, détaché du compte courant, mais elle nous paraît devoir demeurer. »

Cette construction, non dénuée de logique, appelle deux observations essentielles :

a) Tout d'abord, d'un point de vue général, la conception de la contrepassation proposée par M. R. Percerou ne correspond pas aux solutions admises par la Cour de Cassation au cas de contrepassation postérieure à la faillite. Nous avons essayé de montrer que la contrepassation ne pouvait pas être l'annulation d'un article de crédit, mais était un mode particulier d'exercice du recours du change. La Cour de Cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Appel de Douai qui avait admis la théorie de M. Percerou (2).

(1) *Enc. D. Dt Com.*, V° Compte courant, n° 111 ; Adde, J. Percerou, article à la *Revue Banque*, 1955, p. 225, et Piret, n° 226, p. 303.

(2) Cass. Civ., 19 décembre 1956, D. 1957, 287, deuxième espèce ; *Revue Banque*, 1958, p. 706, deux derniers attendus.

b) En second lieu, l'efficacité pratique d'une telle construction est douteuse. Elle a pour but de laisser au banquier la propriété des effets contrepassés et tous les avantages qui en découlent. Or, selon nous, elle ne peut arriver à ce résultat.

Il faut, en effet, demander en quoi va consister le règlement par voie de compte séparé dont parle M. Percerou : « Si la contrepassation, écrit M. l'avocat général Charbonnier (1), a pour seul effet d'annuler l'inscription antérieure faite par le banquier, pour s'acquitter de la dette par lui contractée en recevant l'effet à l'escompte, et de retirer cette dette de la convention générale de compensation, cette contrepassation fera revivre au profit du remettant ladite dette, puisque l'inscription en compte n'était qu'un moyen de libération. » Ainsi donc, si le banquier veut conserver l'effet, il devra tenir compte au remettant de la somme escomptée, qui s'avère n'avoir jamais été payée, ou bien il devra restituer l'effet. C'est un résultat opposé au résultat recherché.

388. — 2° M. Ph. Neel, en partant de prémisses différentes de celles retenues par M. R. Percerou, aboutit à un résultat analogue : le banquier doit conserver la propriété de la traite (2).

M. Neel adopte, comme point de départ, la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 21 juillet 1931 (3) : « La partie au profit de laquelle le compte courant se balance par un solde créditeur, à un moment quelconque de la période de validité du contrat, a, dès lors, un droit au recouvrement de ce solde, sous la condition que ledit droit ne soit pas effacé rétroactivement, en tout ou en partie, par l'effet de nouvelles remises, qui viendraient renverser le sens de la balance du compte. » Il conclut de cette jurisprudence : « La Cour de Cassation admet donc deux choses : d'une part, que l'on peut à tout moment considérer le solde provisoire du compte et dire que telle partie est créancière de l'autre ; et, d'autre part, que cette créance du solde provisoire peut se trouver payée en tout ou en partie par les variations ultérieures du compte (4). » Or, la contrepassation n'est que l'introduction de la créance cambiaire du banquier dans le compte courant. Si le solde provisoire est créditeur au profit du banquier, la créance cambiaire ne fera qu'accroître cette créance et, comme elle, ne

(1) Conclusions rapportées au J. C. P. 1958, II, 10725 ; Rouen, 1^{er} juillet 1958.

(2) Note au D. 1957, p. 288, et thèse, Paris, 1956, dactylographiée : *Les droits du banquier qui a contrepassé des effets de commerce en compte courant*.

(3) D. P. 1932, I, 49, note Hamel, voir les autres arrêts cités par Ph. Neel.

(4) Note au D. 1957, p. 290, deuxième colonne.

sera payée que par le renversement de la balance du compte ; mais, jusque-là, elle demeure impayée ; le banquier pourra donc conserver la propriété de l'effet et en poursuivre les signataires en vertu de l'article 151, alinéa 4. Evidemment, si le remettant est encore *in bonis*, il faudra porter au crédit du remettant les acomptes perçus, ils contribueront à renverser la balance. Si le remettant vient à tomber en faillite, le banquier pourra alors appliquer l'article 521 (542 ancien).

Cette construction séduisante, outre qu'elle n'a pas été retenue par la Cour de Cassation, ne résiste pas à l'analyse. La contrepassation est bien un mode d'exercice du recours cambiaire, et, lorsque le compte courant est en cours de fonctionnement, elle est une remise ordinaire. Mais, dès lors, on ne voit pas comment des garanties personnelles attachées à la créance cambiaire peuvent survivre à son entrée dans le compte à défaut de stipulation expresse ou tacite. Par quel mécanisme juridique l'effet novatoire n'a-t-il point accompli son office ? La jurisprudence, qui est à la base du système de M. Neel, n'a pas la portée qu'il lui prête. Elle signifie simplement que la partie bénéficiaire d'une position créditrice a un droit conditionnel au recouvrement de ce solde, et peut prendre toute mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ce droit (ce qui est en parfaite harmonie avec la volonté des parties), mais elle ne signifie point que l'effet novatoire soit écarté et que la créance incorporée dans le compte ne soit pas éteinte par son remplacement par un article de crédit (ce qui serait contraire à la volonté des parties).

II. - LE COMPTE A CESSÉ DE FONCTIONNER AU MOMENT DE LA CONTREPASSATION

389. — La solution de l'arrêt du 25 janvier 1955 ne vaut, et ne peut d'ailleurs s'appliquer, que si « le compte n'est pas clôturé ». La Cour de Cassation a confirmé cette réserve capitale d'une manière positive dans son arrêt du 14 avril 1959 (1). Le banquier ne perd pas nécessairement la propriété de l'effet contrepassé après clôture du compte.

Dans un arrêt du 1^{er} juillet 1959 (2), la Cour de Cassation emploie une locution différente de celle utilisée dans les arrêts antérieurs. Elle parle d'un compte « en cours de fonctionnement » et non plus d'un « compte qui n'est pas clôturé ». Que peut-on déduire de cette terminologie nouvelle ?

(1) *Revue Banque*, 1959, p. 668 (avec l'arrêt de la Cour de Poitiers du 6 février 1957). Note X. Marin.

(2) *Revue Banque*, 1960, p. 114, note X. Marin.

A. - LES SOLUTIONS.

1° *Le sort de l'effet contrepassé.*

390. — Le compte est clôturé, un solde est déjà établi lors de la contrepassation de l'effet.

— Si ce solde est en faveur du remettant, et suffisant pour absorber la créance cambiaire du banquier, celle-ci est éteinte par compensation. La contrepassation équivaut au paiement de l'effet, et, sans nul doute, le banquier doit restituer l'effet au remettant.

— Mais si le solde est inférieur au montant de la créance cambiaire du banquier, celle-ci, bien que le remettant soit *in bonis*, ne peut être considérée comme payée, et, dans ce cas, la contrepassation n'équivaut plus à un paiement. Le compte est clôturé, le solde est déjà établi ; le banquier ne peut plus espérer que des remises de son client viendront compenser l'écriture de contrepassation ; il ne peut plus se considérer comme payé par l'inscription d'un article, qui vient grossir le débit du remettant. L'effet novatoire ne joue plus. Le banquier conserve donc la propriété de l'effet et le bénéfice de la garantie solidaire de ses signataires. Mais doit-il porter les sommes qu'il obtiendra de ces derniers au crédit du remettant ?

2° *Le problème de l'imputation des acomptes versés par les coobligés après contrepassation.*

391. — a) Si le remettant est encore *in bonis*, au moment du paiement de l'acompte, le banquier doit, sans aucun doute, le déduire du nouveau solde qui comprend, rappelons-le, sa créance cambiaire. Le système de la production intégrale ne peut s'appliquer ici, puisqu'il repose sur le jeu de l'article 521 (542 ancien) et suppose que le remettant est en faillite.

b) Il doit en être de même si l'acompte est versé après la faillite de l'un des signataires de l'effet. Certes, l'article 521 (542 ancien) s'applique, mais le remettant est encore *in bonis* et le créancier doit déduire l'acompte reçu de sa poursuite contre un coobligé *in bonis*. Cependant si, une fois cette imputation opérée, le remettant est à son tour déclaré en faillite, le banquier a-t-il le droit de rectifier le compte et d'en extraire l'article porté à tort au crédit du remettant ? Il faut répondre par l'affirmative. L'article 521 s'applique dès que l'un des coobligés est en faillite. Si le créancier s'adresse, il est vrai, à un coobligé *in bonis*, il ne peut lui demander plus que ce qui lui reste dû, car il est à présumer que ce débiteur paiera ; mais si, avant d'avoir payé, le débiteur

poursuivi tombe en faillite, le créancier peut rectifier sa demande et produire pour l'intégralité de sa créance : tant qu'il n'est pas payé, il conserve le droit d'invoquer l'article 521, sans être lié par une demande demeurée infructueuse, or, l'inscription de la créance cambiaire dans un solde déjà débiteur, ou insuffisant pour l'absorber, n'est que demande de paiement et non pas un paiement. Le banquier peut donc modifier sa production, en annulant, par une écriture en sens inverse, le montant de l'acompte inscrit à tort au crédit du remettant.

c) Si le remettant est en faillite au moment du versement de l'acompte, il faut appliquer purement et simplement les solutions dégagées dans le cas de contrepassation après faillite. Le banquier peut cumuler le dividende reçu de la faillite du remettant calculé sur l'intégralité de sa créance du solde, et les sommes versées par les coobligés, même si elles atteignent le montant du recours cambiaire.

3° *Problème de la déduction des acomptes reçus du remettant in bonis sur les sommes réclamées aux coobligés.*

392. — Avant de poursuivre les coobligés, le banquier a reçu du remettant *in bonis* un acompte pour le solde débiteur du compte : doit-il déduire cet acompte (plus exactement la part de cet acompte revenant à l'effet) du montant des sommes réclamées aux coobligés ? Lorsque le remettant est en faillite, le banquier n'a pas à déduire le dividende revenant à l'effet. En est-il de même pour cet acompte ? Il faut répondre affirmativement. Par le jeu de l'indivisibilité du compte courant, les signataires de l'effet contrepassé sont devenus garants solidaires du solde ; c'est là un effet du compte courant indépendant de la faillite du remettant ; il doit continuer à se produire si ce dernier est *in bonis*. Or, les coobligés qui garantissent pour partie une créance plus importante doivent s'acquitter de leur engagement tant que la créance principale n'est pas éteinte. Mais, à la différence du cas où le remettant est en faillite, le banquier devra déduire les sommes ainsi obtenues du montant du solde restant à percevoir. (La solution contraire ne peut se justifier que par le jeu de l'article 521, sans application ici.)

B. - LA NOTION DE CLOTURE DU COMPTE.

393. — De toute évidence, ces solutions s'appliquent lorsque le compte courant a été clôturé d'une façon certaine, soit par une manifestation expresse de la volonté, unilatérale ou non, soit par la survenance de l'incapacité, la mort de l'une des

parties. Mais en est-il de même lorsque le compte courant, sans être clôturé expressément, a cessé d'enregistrer des remises et n'est plus « en cours de fonctionnement » ? En substituant ces termes à ceux de l'arrêt du 25 janvier 1955 (« le compte n'est pas clôturé ») la Cour de Cassation apporte, sur ce point, une solution affirmative favorable au banquier.

Cette solution est en accord avec la jurisprudence et la doctrine antérieure (1), qui admettent depuis longtemps que le compte courant peut être clôturé tacitement par l'absence de remise. Qu'il y ait clôture tacite ou expresse, il est logique d'appliquer les mêmes solutions. Certains auteurs (2) ont comparé cette clôture tacite du compte courant à une mort par inanition. Cette comparaison est fort juste et nous fait douter de l'efficacité pratique de la précision apportée par l'arrêt du 1^{er} juillet 1959. La mort par inanition n'est pas instantanée, un temps de jeûne est nécessaire. Il en va de même pour la clôture tacite du compte courant. Le juge du fait, souverain en la matière, exige qu'aucune remise n'ait été faite depuis longtemps (3). Dans la généralité des cas, le temps qui s'écoule entre la remise à l'escompte et la contrepassation ne sera pas jugé suffisant pour permettre de décréter que le compte a été clôturé tacitement par suite de l'absence de remise entre temps. Si cette précision revêt une portée pratique assez mince, elle est cependant en harmonie parfaite avec la volonté que l'on peut présumer chez le banquier. Si les remises ont cessé depuis longtemps, on ne peut en effet présumer que le remettant effectuera de nouvelles remises qui contrebalanceront l'article résultant de la contrepassation. La carence démontrée du client n'autorise plus le banquier à lui faire confiance et à se considérer comme payé par une amélioration de sa position créditrice. Une telle contrepassation n'équivaut plus au paiement de l'effet escompté et impayé.

394. — L'analyse de l'intention du banquier permet de préciser le critère de fait pour savoir si le compte est ou non clôturé et si la contrepassation équivaut ou non à un paiement. Il faut moins considérer la durée pendant laquelle les remises ont cessé, que la probabilité ou l'improbabilité des remises

(1) Hamel, t. I, n° 288, p. 474 ; Escarra et Rault, t. VI, n° 450, p. 278 ; H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 42, n° 76. Voir la jurisprudence citée par ces auteurs.

(2) Escarra et Rault, précité.

(3) Certains commerçants, clients de plusieurs banquiers, laissent dormir leur compte courant pendant des mois. On comprend dès lors l'exigence des juges du fond : il est difficile en l'espèce de distinguer un sommeil prolongé de la mort.

futures (1). Si, dès la dernière remise, il s'avère que le remettant ne fera plus de remise en compte courant, le banquier n'a plus d'espoir de voir l'article résultant de la contrepassation couvert par des remises en sens inverse, et on ne pourra plus dire que la contrepassation équivaut à un paiement. Mais il faut bien le préciser, un compte ne cesse de fonctionner que s'il y a absence de remise, tant de la part du remettant que de la part du banquier ; si, par exemple, le banquier fait depuis longtemps seul des remises en compte courant, il est certain qu'il n'a pas perdu l'espoir de voir des remises de son client couvrir ses propres avances, et dès lors la contrepassation doit valoir paiement.

(1) La durée de l'absence de remise ne doit intervenir que comme preuve de l'improbabilité de remise et non pas comme critère de droit.

CHAPITRE III

LA CONTREPASSATION

MODE D'EXERCICE DU RECOURS FONDAMENTAL

395. — Si le banquier ne peut pas exercer son recours cambiaire en garantie contre le remettant (soit qu'il ait été déchu de ce recours en raison de sa négligence, ou de la prescription, soit que ce recours n'ait jamais existé en raison de la nature du titre), ce dernier reste garant du paiement en vertu du contrat d'escompte et de la clause sauf encaissement.

Lorsque l'escompte a lieu en compte courant, au lieu d'exiger directement du remettant le paiement du titre en exécution de son obligation de garantie, le banquier peut inscrire cette créance de droit commun au débit du remettant, tout comme il aurait pu inscrire sa créance cambiaire.

La contrepassation est ici un mode d'exercice du recours de droit commun sanctionnant la garantie de la bonne fin, de la nature de l'escompte, ou la garantie de l'existence de la créance, de l'essence de l'escompte.

Cette possibilité d'inclure cette créance de droit commun dans le compte courant — possibilité qui, pour nous, ne fait aucun doute — semble avoir été repoussée par un arrêt de la Cour de Limoges du 17 février 1958 (1). Mais, à vrai dire, l'arrêt conteste l'existence même du recours fondamental — et apparaît critiquable en cela — et non pas la possibilité de l'exercer, comme le recours cambiaire, par une inscription au débit du remettant.

La créance inscrite en compte étant différente de la créance cambiaire, les conditions et les effets de cette inscription ne sont pas en tous points identiques à ceux que nous avons précédemment dégagés.

(1) J. C. P. 1958, II, 10547, note H. Cabrillac, et R. T. D^t Com., 1958, p. 355, n° 6, obs. H. Cabrillac et J. Becqué. Voir *supra*, n° 280.

Section I. — Les conditions de la contrepassation

396. — Le banquier ne pourra exercer son recours fondamental en garantie, par la voie d'une inscription en compte courant, que dans la mesure où son recours est juridiquement possible. Nous avons précédemment dégagé les conditions de ce recours (1), mais deux observations s'imposent :

1° Ce recours peut être exercé sans qu'un protêt constatant le défaut de paiement ait été dressé : la jurisprudence qui refuse au banquier la possibilité de contrepasser en l'absence de protêt (2) ne s'applique point ici.

2° Cette créance du banquier sur le remettant, sanction de la garantie de la bonne fin, n'est pas solidairement garantie par les signataires de l'effet escompté. Tiers signataires et remettant sont bien tenus à la même prestation : le paiement du titre, mais en vertu de causes différentes :

- Les tiers sont tenus en vertu du titre, cambiairement ;
- Le remettant en vertu du contrat d'escompte, dans les termes du droit commun.

Il n'existe aucune solidarité entre eux.

Ainsi, les difficultés précédemment rencontrées pour déterminer le montant de la contrepassation au cas où un acompte a déjà été payé par l'un des signataires (3) ne se retrouvent pas ici. Il n'y a pas à appliquer les articles 521 et suivants du Code de Commerce, et à distinguer suivant que l'acompte a été payé avant ou après la faillite de l'un des signataires : dans tous les cas, l'acompte payé par l'un des signataires de l'effet s'impute sur le montant à inscrire au débit du remettant.

La contrepassation sera toujours possible, même si le compte est déjà clôturé. On peut reprendre ici l'argumentation développée pour la passation en compte de la créance cambiaire du banquier ; comme cette dernière, la créance née de la garantie de la bonne fin assure la liquidation d'une opération antérieure, et le compte courant, malgré sa clôture, continue de fonctionner pour enregistrer ce résultat.

Mais cette passation en compte de la créance fondamentale est-elle facultative comme celle de la créance cambiaire ?

Il faut répondre, croyons-nous, par l'affirmative. La créance cambiaire du banquier échappe à la règle de la généralité du compte car elle confère, selon l'expression de

(1) Voir *supra*, nos 285 et suivants.

(2) Voir *supra*, nos 289-329.

(3) Voir *supra*, n° 342.

M. Hamel, « des droits supérieurs à ceux qui dérivent du compte courant (1) » et le banquier ne peut être contraint d'abandonner ces avantages particuliers en inscrivant cette créance en compte courant, l'effet novatoire entraînant leur disparition. Le banquier doit conserver la même liberté pour la créance fondamentale, car, si elle ne bénéficie pas de la garantie solidaire des divers signataires du titre, elle est cependant garantie par le titre lui-même. Nous savons, en effet, que le banquier reste propriétaire de l'effet jusqu'à ce qu'il lui soit payé ; il doit demeurer libre de décider si le remettant mérite encore sa confiance et s'il doit se contenter, en guise de paiement, d'une écriture en compte.

Section II. — Les effets de la contrepassation

La clause sauf encaissement est une clause de garantie et n'exprime pas une condition résolutoire : tant que le remettant n'a pas satisfait à son obligation de garantie, en payant le titre, le banquier en demeure « propriétaire ».

397. — a) Pour déterminer *l'influence de la contrepassation sur le sort de l'effet*, il faut rechercher, comme précédemment, si la contrepassation équivaut ou non au paiement de la créance.

— *Si l'inscription en compte équivaut au paiement* de la créance du banquier, celui-ci doit restituer le titre escompté, il en perd la propriété. Il en sera ainsi lorsque l'inscription est effectuée avant toute clôture du compte, ou même après sa clôture, si le compte présente un solde suffisant pour absorber le montant de la créance.

Si une clause particulière du contrat de compte courant ou du contrat d'escompte prévoit que, malgré la contrepassation, le banquier conservera l'effet à titre de gage pour garantir le solde du compte, mais sans spécifier de quelle contrepassation il s'agissait, il faut décider qu'elle s'applique aussi bien au cas de contrepassation, mode d'exercice du recours cambiaire, qu'au cas de contrepassation, mode d'exercice du recours de droit commun.

— *Si l'inscription en compte n'équivaut pas au paiement* total de la créance du banquier, celui-ci conserve la propriété de l'effet. Il en sera ainsi lorsque le compte est clôturé au moment de la contrepassation, et s'il ne présente pas un solde suffisant pour absorber la créance du banquier. Conservant la propriété du titre escompté, le banquier a le droit de pour-

(1) Hamel, t. I, n° 356.

suivre les signataires du titre (par exemple : tiré, souscripteur, tireur qui n'a pas fait provision).

398. — b) *Mais dès lors se pose le problème de l'imputation des sommes ainsi perçues sur le solde du compte établi après la contrepassation.*

Il n'y a pas lieu, en l'espèce, de distinguer suivant que le remettant est ou non en faillite. Cette distinction présentait une grande importance pour déterminer les effets de la contrepassation de la créance cambiaire du banquier : celle-ci était solidairement garantie par tous les signataires de l'effet, la faillite du remettant rendait applicable l'article 521 (542 ancien) du Code de Commerce. Cet article, combiné avec l'indivisibilité du compte courant, permettait au banquier de cumuler les sommes perçues des coobligés et le dividende perçu dans la faillite du remettant, et ce jusqu'à complet paiement du solde : c'était le système de la non-imputation ou de la production intégrale. Il n'en était pas de même lorsque le remettant était *in bonis*, l'article 521 ne pouvant s'appliquer qu'au cas de faillite. En matière de contrepassation de la créance née de la garantie de la bonne fin, l'article 521 ne trouvera jamais à s'appliquer, même si le remettant est en faillite, car il n'y a pas solidarité entre ce dernier et les tiers signataires du titre.

Ainsi donc, dans tous les cas où le compte est clôturé et débiteur à la charge du remettant, le banquier escompteur qui a contrepassé sa créance de droit commun devra déduire les acomptes payés ultérieurement par les tiers signataires. Inversement, le banquier qui a commencé par percevoir un acompte ou un dividende du remettant devra déduire la part qui revient à cette créance du montant des poursuites intentées contre les tiers débiteurs du titre.

CHAPITRE IV

LA CONTREPASSATION TRADUCTION DE LA RÉSILIATION ET DE LA RÉOLUTION DU CONTRAT D'ESCOMPTE

399. — Nous l'avons vu, l'opération d'escompte peut se dénouer prématurément par la résiliation ou la résolution du contrat d'escompte.

— Au premier cas, la contrepassation est l'inscription en compte de la créance du banquier née de ce dénouement anticipé.

— Au cas de résolution, la contrepassation est la radiation de l'écriture antérieure portée au crédit du remettant lors de l'escompte.

Section I. — La contrepassation au cas de résiliation du contrat d'escompte

400. — D'un commun accord, le banquier et son client mettent fin à l'opération de crédit avant son dénouement normal. Le banquier doit restituer le titre, le client les fonds reçus majorés des diverses commissions et de l'agio escompté proportionnel au temps déjà écoulé.

Si l'escompte a eu lieu en compte courant, la créance du banquier sur le remettant, née de la résiliation, donnera lieu à une inscription au débit du remettant. En aucun cas, cette « contrepassation » ne doit, selon nous, être interprétée comme une radiation de l'écriture antérieure figurant au crédit, car la résiliation n'ayant pas d'effet rétroactif, les conséquences passées de l'opération d'escompte doivent demeurer.

Deux questions se posent :

401. — 1° *Cette contrepassation est-elle facultative ?* Le principe de l'affectation générale semble dicter une solution

négative : les parties n'ont-elles pas convenu d'inscrire en compte toutes leurs créances réciproques ? Ce serait cependant méconnaître la situation de fait qui existe entre parties. La résiliation est généralement demandée par le client qui veut retirer l'effet escompté. Le banquier est libre en principe de refuser le retrait et, de ce fait, il peut dicter sa volonté à son client et lui imposer le paiement immédiat en espèces ; sa position de force lui permet de tenir en échec le principe de l'affectation générale.

Mais ce principe reprend toute son efficacité lorsque le banquier s'est engagé par avance à autoriser le retrait de l'effet, par exemple en matière d'escompte en pension. Si le compte est en cours de fonctionnement, le banquier doit se contenter d'une écriture au débit du client, à condition évidemment que le débit n'excède pas de ce fait la limite prévue. Si le compte est clôturé par un événement indépendant de la volonté des parties, le banquier doit également contrepasser, car nous avons vu que, malgré sa clôture, le compte courant continue de fonctionner pour assurer la liquidation des opérations antérieures à sa clôture, les parties avaient décidé de porter en compte toutes leurs créances réciproques en vue de les compenser d'un bloc, il faut respecter cette volonté (1). Mais il reste évidemment à déterminer les effets de cette contrepassation.

402. — 2° *Le banquier doit-il, dès la contrepassation effectuée, rendre l'effet à son client ?* Le banquier n'est tenu de se dessaisir de l'effet que dans la mesure où il est payé par le remettant. Jusque-là, il peut opposer l'exception « non adimpleti contractus ». Il faut donc rechercher si la contrepassation vaut ou ne vaut pas paiement.

Si la contrepassation est effectuée lorsque le compte est en cours de fonctionnement, elle vaut paiement, le banquier est obligé de rendre l'effet immédiatement à son client.

Si le compte a cessé de fonctionner, mais s'il présente un solde suffisant pour absorber la créance du banquier, celui-ci est payé par compensation et doit restituer l'effet. La solution peut présenter un intérêt au cas de faillite du banquier escompteur. Le client qui a remis les effets en pension peut reprendre les effets à la fin de la pension et compenser sa créance du solde du compte courant avec sa dette née de la restitution des effets ; si, au contraire, il n'exerce pas la faculté de retrait et attend l'échéance, le syndic du banquier failli ne sera plus obligé de contrepasser la créance cambiaire, au

(1) Voir *supra*, n° 348.

cas de non-paiement de l'effet (1), et aucune compensation ne sera plus possible.

Si le solde du compte n'est pas suffisant pour assurer le paiement de la dette du remettant, le banquier est en droit de conserver l'effet jusqu'à ce que le solde soit complètement payé, le droit de rétention s'exerçant par suite de l'indivisibilité du compte sur le solde entier.

Section II. — La contrepassation au cas de résolution du contrat d'escompte

403. — La résolution ayant un effet rétroactif, l'article porté au crédit du remettant lors de la remise à l'escompte doit être effacé par une écriture en sens inverse d'un montant égal (2). La contrepassation est ici le moyen comptable d'annuler, sans rature, une écriture antérieure. La contrepassation a ici un caractère obligatoire ; le contrat résolu, il faut en effet rétablir les choses dans leur état antérieur, ce qui implique nécessairement que l'écriture portée au crédit du remettant soit annulée par une écriture au débit.

404. — Le sort des effets escomptés mérite une étude plus attentive. Par le fait de la résolution, l'effet redevient automatiquement la propriété de l'endosseur. Cette conséquence inéluctable de la résolution du contrat d'escompte a ôté toute utilité à la clause de contrepassation immédiate des effets non échus au jour de la faillite du remettant, du moment où la Cour de Cassation, dans ses arrêts du 14 octobre 1940 et 7 juillet 1942, l'a analysé à juste titre en une clause résolutoire (3). Depuis ces deux arrêts, la question de la contrepassation des effets non échus ne semble pas avoir été soumise à l'appréciation des tribunaux. La clause est cependant encore stipulée en pratique (4) et peut susciter de nouveaux problèmes juridiques.

S'il perd la propriété de l'effet, le banquier peut cependant le conserver à un double titre.

405. — 1° *A titre de créancier rétentionniste*. Il ne faut pas oublier, en effet, que le banquier devient créancier du remet-

(1) Voir *supra*, n° 351.

(2) Si l'on admet que le banquier a droit, malgré la résolution, aux commissions et à l'agio correspondant au temps déjà écoulé depuis la remise à l'escompte, il faut juridiquement qu'il représente cette créance au débit du remettant par un article distinct de celui résultant de la contrepassation, simple radiation de l'article de crédit antérieur.

(3) Voir *supra*, n° 324.

(4) Voir *Banque*, 1959, p. 668.

tant du fait de la résolution : il a droit à la restitution de la somme qu'il a avancée et la radiation de l'article porté au crédit du remettant peut ne pas le remplir de sa créance si le compte courant a cessé de fonctionner et si le solde, une fois la contrepassation opérée, est débiteur à la charge du remettant. Nul doute que le banquier puisse alors retenir l'effet jusqu'au paiement de sa créance (1). La contrepassation a ici une double fonction, elle efface l'écriture antérieure, mais, par cette radiation, elle doit remplir le banquier de ses droits à la restitution de la somme avancée.

406. — 2° *A titre de créancier gagiste*, l'effet étant affecté, en vertu d'une convention expresse, à la garantie du paiement du solde du compte courant. La Cour de Cassation elle-même a réservé cette possibilité au banquier (2). Le banquier devra toujours déduire du solde du compte les sommes perçues des tiers signataires de l'effet, soit à l'échéance du titre, soit, plus tard, que le remettant soit ou non en faillite (art. 527, 548 ancien). Si le compte n'est pas encore clos au moment où s'accomplit la condition résolutoire, le banquier doit inscrire ces sommes à un compte spécial de garantie dont le montant s'imputera sur le solde débiteur du compte lors de sa clôture.

407. — Le banquier peut-il échapper à cette imputation imposée par l'article 527 du Code de Commerce, en stipulant qu'il conserve l'effet, non pas à titre de gage, mais à titre de propriété ? Le contrat d'escompte étant résolu, le banquier ne peut conserver l'effet qu'à titre de garantie du solde du compte courant. Cette garantie spéciale en propriété, analogue à la fiducie de droit romain, permet-elle au banquier qui a « contrepassé » dès le jour de la faillite les effets non encore échus de ne pas imputer les sommes encaissées du tiré à l'échéance, ou plus tard des autres signataires ? Nous ne le pensons pas.

On a remarqué, il est vrai, qu'une telle garantie en propriété n'était pas prévue par la législation et que, dès lors, elle échappait à l'imputation obligatoire prévue aux articles 527 (548 ancien) et suivants du Code de Commerce, qui visent uniquement le gage, l'hypothèque... mais nullement une garantie en propriété. Ce serait donc le cumul du dividende calculé sur le solde du compte rectifié par la contrepassation, et le bénéfice de la sûreté qui s'imposerait jusqu'à complet paiement du solde. Mais peu importe que cette sûreté soit

(1) En ce sens : Marty, *Annales de Droit commercial*, 1931, n° 23, p. 115, et Mater, *Revue de Droit bancaire*, 1926, p. 108.

(2) Civil, 14 octobre 1940, 7 juillet 1942, précités.

réalisée par le paiement de l'effet à son échéance, ou, ultérieurement, par l'exercice des recours cambiaires (1).

Ce raisonnement ne nous paraît pas admissible. Le principe de l'égalité des créanciers est la base même du droit de la faillite. Toute règle qui tend à faire respecter ce principe doit recevoir une interprétation extensive. Or, l'article 527, en restreignant les droits des créanciers nantis et en leur imposant de déduire le produit de leur sûreté du montant de leur production, essaye de faire triompher le principe de l'égalité : il faut donc lui donner une application extensive et l'appliquer à toute sûreté réelle, même non visée par le texte, serait-elle en propriété. A l'inverse, les dispositions de l'article 521 dérogent au droit commun et doivent recevoir une interprétation stricte : « Il n'est pas au pouvoir des parties, dit la Cour de Cassation, d'étendre les dispositions exceptionnelles des articles 542 et 544 (521 et 523 nouveaux) en dehors des cas de solidarité entre plusieurs débiteurs tenus de la même obligation (2). » Or, dans l'hypothèse envisagée, ces conditions ne sont pas remplies. De deux choses l'une : ou bien le titre est payé régulièrement à l'échéance, et tous les signataires sont libérés, il n'est plus question de solidarité (la garantie solidaire est en effet subordonnée à la condition de défaut de paiement) ; ou bien le titre est impayé, et il faut alors observer que le remettant et le tiers signataire du titre ne sont pas poursuivis pour « la même obligation ». Le banquier demande à son client, ou plutôt au syndic de la faillite de celui-ci, le paiement du solde du compte, dans lequel, il faut s'en souvenir, la créance cambiaire n'est pas incorporée, la contrepassation étant ici la radiation de l'article de crédit antérieur. Aux tiers signataires il demande le paiement du titre qui garantit le solde mais n'y est pas incorporé. L'article 521 jouera pour assurer le complet paiement de l'effet, mais il ne pourra jouer dans le cadre du solde du compte, comme dans le cas où le banquier a inscrit sa créance cambiaire au débit de son client. Il faut donc toujours déduire les sommes encaissées des signataires de l'effet. Les banquiers ne pourront jamais retrouver les avantages exorbitants que leur avaient accordés certaines cours d'appel (3) en matière de contrepassation anticipée des effets non échus.

(1) Trasbot, *Annales du Droit commercial*, 1927, p. 301 ; Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes*, t. II, n° 854, p. 167 et suivantes.

(2) Cass. Civ., 14 octobre 1940, précité ; Adde H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 75.

(3) Douai, 11 mai 1934, G.P. 1934, II, 289 ; Colmar, 21 juillet 1931. D. P. 1932, II, 73.

TITRE IV

DIFFICULTÉS PARTICULIÈRES DE DÉNOUEMENT

408. — Pour ne pas morceler davantage nos développements antérieurs, nous avons volontairement omis l'étude de problèmes juridiques trop particuliers. Nous avons groupé leur analyse dans ce titre. Trois séries de problèmes ont retenu notre attention :

- Les premiers ont trait à l'escompte des effets libellés ou payables en monnaie étrangère ;
- Les seconds à l'escompte des effets de commerce assortis d'une sûreté réelle ;
- Les troisièmes concernent le cas où l'effet escompté a été réescompté et demeure impayé à son échéance.

CHAPITRE I

LE TITRE ESCOMPTÉ EST LIBELLÉ OU PAYABLE EN MONNAIE ÉTRANGÈRE (1)

409. — De tels effets sont généralement créés pour le règlement d'opérations commerciales internationales. Ils sont, le plus souvent, tirés par un exportateur français sur un importateur étranger : ils peuvent être libellés en monnaie étrangère, ou en francs, mais, dans ce cas, tirés sur une place étrangère, ils pourront être payés dans la monnaie du lieu du paiement, d'après leur valeur au jour de l'échéance (art. 41 de la loi uniforme, reproduit par l'art. 138 Co. Com.). Plus rarement, il s'agit d'un effet tiré de l'étranger sur la France, ou sur un autre pays étranger. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de supposer un effet émis à l'occasion de relations internationales ; des auteurs très autorisés enseignent que les effets tirés et payables en France peuvent être libellés et même stipulés payables en monnaie étrangère (2).

Aucun problème ne se pose si le tireur mentionne le cours auquel doit se faire le paiement (3), ou si l'effet étant libellé et payable dans la même monnaie étrangère, a été escompté dans cette monnaie, par exemple, si une traite, libellée en livre-sterling et payable en Angleterre, a été portée au crédit du remettant dans un compte tenu dans cette monnaie. Il n'y a pas ici à craindre des variations du cours du change entre la livre-sterling et le franc.

Par contre, en dehors de ces deux hypothèses, la valeur du titre peut varier entre le jour de l'escompte et le jour de

(1) Nous laissons de côté toutes les difficultés tenant à la réglementation du marché des devises et à l'intervention de l'Office des changes, pour n'étudier que le problème purement juridique des risques dûs à la variation du cours du change.

(2) Lescot et Roblot, t. I, n° 171.

(3) Article 138, alinéa 2. Il faut que le tireur mentionne le cours exact et ne vise pas le cours qui existera tel jour déterminé.

l'échéance. Il importe de déterminer qui, du remettant ou de l'escompteur, doit supporter l'aléa de ces variations.

Ainsi, dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation le 2 novembre 1953 (1), le banquier avait escompté deux traites libellées en livres-sterling tirées sur un acheteur anglais. Il avait crédité le compte courant de son client de la valeur de ces traites calculée en francs, d'après le cours du change au jour de l'escompte. Avant l'échéance, une dévaluation du franc est intervenue, et le banquier a perçu du tiré une somme en livres qui, calculée en francs, était bien supérieure à celle qu'il avait versée à son client.

Un problème identique, mais inverse, se serait posé si l'effet libellé en francs était stipulé payable en monnaie étrangère. Devant toucher des livres-sterling, le banquier aurait crédité le compte courant du client de la valeur des traites en francs, calculée au jour de l'escompte. Mais, ici, la dévaluation du franc aurait tourné à son désavantage. La somme en livres encaissées à l'échéance et calculée en francs aurait été inférieure à celle avancée au remettant.

440. — Le banquier escompteur supporte-t-il les risques de ces variations du cours du change, en bien ou en mal ? Une réponse affirmative s'impose, mais encore faut-il la justifier et la préciser.

— Si l'effet est payé à l'échéance par le tiré, la solution ne fait aucun doute. Par l'escompte, le banquier est devenu propriétaire de l'effet à titre définitif ; il doit profiter de la plus-value acquise par le titre escompté, « il a le droit de conserver pour lui-même, dit la Cour de Cassation dans l'arrêt du 2 novembre 1953 précité, la somme représentant la différence entre la valeur de ces effets en francs au jour de l'escompte, et leur valeur dans la même monnaie au jour de l'échéance ». Réciproquement, si, en raison des variations du cours du change, il ne récupère pas en francs une somme au moins égale à celle qu'il a avancée au remettant lors de l'escompte, il ne peut demander à ce dernier de combler la différence ; il doit supporter cette perte.

— Si l'effet n'est pas payé à l'échéance, le banquier va exercer un recours contre le remettant ; doit-il lui demander la valeur de l'effet au jour de l'échéance, ou même au jour du paiement effectif, ou bien la valeur de l'effet au jour de l'escompte ? Une solution différente de la précédente ne serait

(1) D. 1954, J. 657, note J. Savatier ; *Banque*, 1954, p. 38, note X. Marin, *R. T. D^t Com.*, 1954, p. 125, n° 1, obs. J. Becqué et H. Cabrillac. Cet arrêt confirme une décision de la Cour de Dijon du 13 mars 1949, *R. T. D^t Com.*, 1949, p. 668, obs. Houin ; *Banque*, 1949, p. 624, note X. Marin.

en rien justifiée (1). Les droits du banquier sur le titre escompté sont les mêmes, que le titre soit ou ne soit pas payé à l'échéance. Il n'y a pas à distinguer suivant que le recours exercé est le recours cambiaire ou le recours de droit commun issu de la garantie de la bonne fin. En effet, nous savons que par la clause sauf bonne fin le remettant s'engage à payer le titre au lieu et place du tiré défaillant, et non pas la somme reçue lors de l'escompte, même majorée des intérêts et des frais. Le banquier escompteur a droit au paiement du titre à l'échéance, ce qui suppose, nécessairement, la possibilité d'exiger le paiement au cours du change alors pratiqué, mais il ne peut demander rien de plus, et notamment il ne peut contraindre le remettant à lui rembourser la perte qu'il subit.

Ainsi se trouve justifié l'usage bancaire qui, sauf stipulation contraire du contrat d'escompte, fait supporter à la banque le risque de variation des cours du change.

411. — Cette solution, il est vrai, paraît en désaccord avec le caractère d'opération de crédit qui, par ailleurs, marque si fortement le régime juridique de l'escompte. Le banquier créancier ne devrait pas encaisser à l'échéance plus que le crédit accordé. Cependant, il ne faut pas oublier que l'escompte a une nature hybride. C'est une opération de crédit qui repose sur une structure juridique analogue à celle de l'achat. C'est à cet aspect original que l'on doit rattacher la solution de la Cour de Cassation (2).

Les théories qui analysent l'escompte en un prêt conduisent à des solutions opposées. Si le banquier recevait l'effet à titre de garantie, il est évident qu'il ne pourrait conserver les sommes provenant de la réalisation de sa garantie et dépassant le montant de ce qui doit lui être remboursé en capital, intérêts et frais.

A l'inverse, si les variations du change sont défavorables au banquier, celui-ci serait en droit de demander au remettant de combler la différence que n'a pas pu couvrir la sûreté.

Quant à la théorie du prêt, suivi de la « *datio pro solvendo* » du titre, elle conduirait, en l'espèce, à des solutions contradictoires. Si l'effet est payé à l'échéance, le banquier, comme tout créancier payé en effet de commerce, peut conserver le bénéfice du change ; mais si l'effet est impayé et si le banquier se retourne contre son client, il ne pourra exiger

(1) Voir J. Savatier, note au D. précité, qui rappelle que la contrepassation est la traduction en compte courant des recours du banquier et non pas la traduction d'une résolution, ce qui impliquerait une solution contraire à celle proposée au texte.

(2) Voir J. Becqué et Cabrillac, note précitée à la *R. T. D^e Com.*, 1954, p. 125.

que le remboursement de la somme prêtée avec ses accessoires, c'est-à-dire la valeur de l'effet au jour de l'escompte. A l'opposé, si le banquier subit une perte, il peut demander au remettant de lui payer la différence entre la valeur de l'effet en francs, au jour de l'escompte, et sa valeur dans la même monnaie, au jour de l'échéance. La dette du prêt en effet n'est pas éteinte par la seule remise du titre, elle subsiste jusqu'au paiement du titre, mais il faut évidemment qu'à cette époque le titre ait une valeur suffisante pour éteindre la dette (1).

Il faut, évidemment, réserver la volonté contraire des parties. Celles-ci peuvent convenir que le remettant sera « crédité d'après un décompte provisoire, sous réserve d'une rectification à intervenir ultérieurement, après encaissement de l'effet et vente des devises (2) ».

(1) Paris, 19 janvier 1948, J. C. P. 1948, I, 4195, note H. Cabrillac ; *R. T. D^t Com.*, 1948, p. 290, n° 3, obs. Houin. La solution pour le chèque vaut évidemment pour les autres effets de commerce.

(2) Ferronnière et de Chillaz, n° 446, p. 412.

CHAPITRE II

LE TITRE ESCOMPTÉ EST ASSORTI D'UNE SÛRETÉ RÉELLE

412. — Le paiement du titre peut être garanti par une sûreté réelle qui renforce la garantie cambiaire des divers signataires et la garantie de la bonne fin assumée par le remettant. Cette sûreté peut être consentie par le tiré ou le souscripteur pour garantir la créance de la provision, ou bien par l'un quelconque des signataires, pour assurer le paiement même du titre. Dans les deux cas, le bénéfice de cette sûreté est transmis de plein droit aux porteurs successifs de l'effet de commerce (1). Certains titres, comme les warrants, supposent même une telle sûreté.

Le plus souvent, l'existence d'une sûreté réelle n'apporte pas de changement au dénouement normal de l'opération d'escompte. Si le titre ne lui est pas payé spontanément à l'échéance, le banquier escompteur exerce ses recours cambiaires contre les divers signataires en se conformant aux règles prescrites pour le titre considéré. C'est seulement dans le cas où il ne parvient pas à obtenir le paiement du titre qu'il réalisera la sûreté dont il dispose. Cependant, des problèmes juridiques particuliers peuvent se poser.

— Tout d'abord, il importe de préciser dans ce cas les conséquences de la contrepassation du recours cambiaire.

— D'autre part, au cas de warrant délivré par les magasins généraux, le banquier escompteur a l'obligation de réaliser son gage, avant de mettre en jeu la garantie personnelle des divers signataires. Le dénouement de l'opération d'escompte en est alourdi et le banquier cherche souvent à écarter cette règle par une clause expresse.

(1) Pour les billets de fonds, voir Hamel, t. II, n° 1130, et tous les ouvrages traitant de la vente du fonds de commerce.

— Enfin, au cas d'escompte des traites documentaires, des devoirs particuliers incombent au banquier escompteur et modifient le déroulement ordinaire de l'opération d'escompte.

Section I. — Les effets de la contrepassation au cas d'escompte d'effets assortis d'une sûreté réelle

413. — Sauf cas exceptionnel, le banquier escompteur peut mettre en jeu la garantie personnelle des signataires du titre avant de réaliser la sûreté réelle dont le titre est assorti, et rien ne l'empêche de « contrepasser » immédiatement, dès le non-paiement avéré, sa créance cambiaire à l'encontre du remettant.

— Si le compte courant est en cours de fonctionnement, ou si le solde est suffisant pour absorber le montant du titre escompté, la contrepassation vaut paiement : le banquier doit restituer le titre à son client et perd le bénéfice de la sûreté réelle qui y est attachée.

— Si le compte courant est clos, et son solde débiteur à la charge du remettant, le banquier conserve la propriété du titre, et par suite le bénéfice de la sûreté, car nous savons que l'effet novatoire ne peut plus se produire en raison de la volonté des parties. En raison de l'indivisibilité du compte courant, les sûretés attachées au titre se trouvent transportées sur le solde du compte. Celui-ci est donc garanti jusqu'à concurrence du montant de l'effet contrepassé, par une double sûreté : par l'obligation solidaire des signataires du titre, mais aussi par la sûreté réelle, gage, hypothèque ou privilège.

L'indivisibilité du compte courant n'a cependant pas pour effet de rompre le lien qui existe entre ces deux sûretés. Leur exercice cumulé ne peut permettre au banquier de toucher des tiers une somme supérieure au montant de l'effet. Si un coobligé paie le banquier, celui-ci doit lui remettre le titre et lui transmettre le bénéfice de la sûreté. Si la réalisation de la sûreté assure le paiement du titre, le banquier ne peut plus poursuivre les divers signataires du titre.

Toutefois, il ne faut pas en conclure qu'il importe peu au banquier d'exercer l'une ou l'autre de ces garanties. Les sûretés personnelles et les sûretés réelles n'obéissent pas aux mêmes règles au cas de faillite du remettant.

— Si le banquier met en jeu la garantie personnelle des divers signataires, les solutions précédemment dégagées s'appliquent ici sans difficulté : jusqu'au complet paiement du solde du compte courant, le banquier cumule les sommes reçues des coobligés et les dividendes perçus dans la faillite du remettant (1).

(1) *Supra*, nos 368 et suivants.

— Par contre, ce système dit de la production intégrale ou de la non-imputation, ne s'applique plus lorsque les sommes perçues par le banquier proviennent de la réalisation de la sûreté réelle. En effet, aux termes des articles 527 et suivants du Code de Commerce, le produit de la vente du bien gagé, hypothéqué ou grevé d'un privilège, s'impute nécessairement sur la créance garantie, en l'espèce le solde du compte courant (1).

Après contrepassation, le banquier a donc intérêt à exercer d'abord la sûreté personnelle afin de bénéficier du système de la non-imputation au cas de faillite du remettant, et à n'exercer qu'en dernier ressort la sûreté réelle. Ainsi s'explique qu'en matière de warrant délivré par les magasins généraux, les banques cherchent à écarter les dispositions de l'article 29 de l'ordonnance du 6 août 1945.

Section II. — Difficultés particulières relatives à l'escompte des warrants délivrés par les magasins généraux

414. — Aux termes du premier alinéa de l'article 29 de l'ordonnance du 6 août 1945 « le porteur du warrant n'a de recours contre l'emprunteur et les endosseurs qu'après avoir exercé ses droits sur la marchandise et en cas d'insuffisance ». Cette disposition s'applique évidemment au banquier escompteur porteur du warrant. Ainsi, à défaut de paiement à l'échéance, le dénouement normal de l'opération d'escompte consiste, huit jours après le protêt faute de paiement, à procéder à la vente des marchandises et à se payer sur le prix. Il s'en trouve sérieusement compliqué.

Comme ce texte n'a rien d'impératif, les banques se réservent quelquefois la possibilité d'exercer leur recours cambiaire avant de procéder à la réalisation du gage. De telles clauses sont stipulées notamment par la Banque de France. Nous avons vu tout l'intérêt qu'avait le banquier à contrepasser immédiatement sa créance cambiaire et à poursuivre ensuite les divers coobligés.

415. — MM. Lescot et Roblot (2) ont montré que la clause de retour sans frais ou de dispense de protêt impliquait pour le

(1) Si le prix de vente du bien gagé ou hypothéqué est supérieur au montant du titre escompté, le banquier ne peut conserver la différence, même en l'imputant sur le solde du compte. Cette différence revient de plein droit au propriétaire du bien donné en garantie. L'indivisibilité du compte ne peut avoir pour effet d'étendre une sûreté réelle au-delà de la somme pour laquelle elle a été consentie, c'est-à-dire le montant de l'effet.

(2) T. II, n° 840, p. 325.

porteur le droit de recourir immédiatement contre les signataires qui avaient consenti cette clause. En effet, le protêt faute de paiement est nécessaire pour pouvoir procéder à la vente des marchandises, l'article 93 du Code de Commerce frappant de nullité toute clause autorisant le créancier à réaliser son gage sans remplir les formalités prescrites par la loi, la clause sans frais se trouverait donc dépourvue d'effet si l'on n'autorisait pas le porteur « à recourir contre les signataires du titre avant de réaliser son gage, puisque aussi bien tel est l'unique moyen pour lui d'exercer ses droits, tout en évitant d'avoir à faire dresser protêt ». Or, toute clause doit s'interpréter dans le sens où elle produit quelque effet, plutôt que dans celui où elle n'en produit aucun (art. 1157 Co. Civ.).

446. — Selon nous, il faut attribuer le même effet à la clause « sauf encaissement ». Par cette clause, le remettant s'engage à payer le titre au lieu et place du débiteur principal défaillant à l'échéance. Il autorise par là le banquier escompteur à recourir contre lui avant de réaliser son gage.

Il ne faut pas cependant exagérer la portée de cette dernière solution. On doit se garder de décider que la clause sauf encaissement étant toujours sous-entendue, la disposition de l'article 29 ne s'applique pas en matière d'escompte. Pour écarter l'article 29, la clause sauf encaissement doit, semble-t-il, être stipulée expressément : l'article 29 édicte une disposition supplétive de la volonté des parties ; si celles-ci ne l'écartent point par une déclaration de volonté expresse, on doit présumer qu'elles ont entendu se conformer à la règle légale. Ainsi donc, si la règle sauf encaissement est sous-entendue, elle permettra seulement au banquier de demander le paiement du titre au remettant, même au cas où il serait déchu de ses recours cambiaires, et après réalisation du gage.

D'autre part, même expressément stipulée, la clause sauf encaissement n'est pas opposable aux autres signataires du titre. Si le banquier veut recourir à leur encontre, il doit procéder d'abord à la réalisation du gage.

Enfin, le banquier doit procéder à la vente du gage dans le mois du protêt faute de paiement (1), s'il veut conserver ses recours cambiaires contre tous les signataires de l'effet autres que le souscripteur.

(1) Ou dans le mois à partir de l'expiration du délai dans lequel le protêt aurait dû être dressé ; Lescot et Roblot, t. II, n° 876.

Section III. — Difficultés particulières relatives à l'escompte des traites documentaires

417. — Notre propos n'est pas d'étudier le crédit documentaire dans son ensemble — une telle étude déborde le cadre de ce travail — mais de signaler les particularités que présente l'escompte des traites documentaires (1).

L'émission d'une traite documentaire intervient généralement à la suite d'une vente de marchandises destinées à être transportées par mer. Le vendeur tire une lettre de change sur son acheteur et joint, entre autres documents (2), le connaissement délivré par le capitaine du navire. Seul, le porteur de ce document peut prendre livraison des marchandises à l'arrivée du navire. La détention du connaissement et des autres documents confère au vendeur une sécurité extrêmement forte à laquelle il ne consent à renoncer que s'il obtient le paiement du prix de vente, ou tout au moins l'acceptation de la lettre de change par l'acheteur, aussi ne manque-t-il pas de stipuler dans le contrat de vente que lui-même, ou le porteur de la traite documentaire, ne devra remettre les documents que contre paiement ou contre acceptation.

L'acheteur étant généralement domicilié à l'étranger, le vendeur peut charger une banque de remettre les documents contre le paiement de la dette, soit contre son acceptation, et dans ce cas de procéder ultérieurement à son encaissement. Le banquier est ici un simple mandataire du vendeur. C'est ce que l'on appelle, dans la pratique bancaire, l'encaissement documentaire.

Mais, au lieu de jouer le rôle d'un simple intermédiaire chargé de la transmission des documents et de l'encaissement de la traite, le banquier peut prendre une part plus active à l'opération en escomptant la traite. Il avance au porteur (généralement le tireur-vendeur) le montant nominal de la traite contre son endossement en toute propriété. Avec la traite, les documents lui sont aussi remis.

418. — Il est aisé de déterminer les droits du banquier sur l'effet de commerce proprement dit : le banquier est véritable porteur (et non plus un mandataire), il bénéficie de tous les avantages du droit cambiaire, notamment du principe de l'opposabilité des exceptions et de ceux résultant du contrat d'escompte (garantie de la bonne fin).

(1) Nous laissons de côté tout ce qui a trait à l'ouverture de crédit documentaire et les avantages qu'elle peut présenter pour le banquier escompteur. Voir Stoufflet, *Le Crédit documentaire*.

(2) Pour une énumération des divers documents, voir Lescot et Roblot, t. I, n° 518.

Il est, par contre, plus difficile de préciser la situation du banquier escompteur au regard des documents et des marchandises qu'ils représentent.

419. — La doctrine et la jurisprudence (1) admettent que la détention des documents confère au banquier escompteur un droit de gage sur les marchandises garantissant le paiement de la traite escomptée.

On a contesté la possibilité d'une telle constitution de gage. Le plus souvent, en effet, les marchandises ont été vendues C.A.F. ou F.O.B. : la propriété en a été transmise à l'acheteur au port d'embarquement. Comment, dès lors, le vendeur pourrait conférer au banquier un droit de gage sur des marchandises qui ont cessé d'être sa propriété ? Pour éviter cette objection, différentes constructions plus ou moins artificielles ont été proposées (2). En réalité, comme le remarquent MM. Lescot et Roblot, cette objection ne résiste pas à un examen sérieux. On ne voit pas, en effet, pour quel motif il serait interdit au vendeur de retenir sur les marchandises, en les aliénant, un droit de gage, soit à son profit, soit au profit d'un tiers. « ... Il importe peu que le vendeur n'ait pas réservé, par une clause expresse de l'acte de vente, un droit de gage en sa faveur sur la cargaison transportée ; un tel droit n'existe pas moins à son profit dès lors qu'il reste saisi des documents représentatifs de la cargaison, et c'est ce droit qu'il cède au tiers porteur de la traite émise en recouvrement du prix de vente. Autrement dit, du fait même que l'acheteur n'exige pas la livraison immédiate des documents annexés à la lettre de change, il doit être réputé avoir consenti à ce que les marchandises vendues, non seulement servent de garantie au vendeur non payé, mais encore continuent à être pour lui un moyen de crédit. »

420. — Mais la situation du banquier au regard des documents n'est pas faite que de droits ; elle comporte aussi des obligations. Nous sortons du cadre normal de l'escompte. Détenant des documents, le banquier ne participe pas seulement au règlement du prix de vente, mais à l'exécution même de l'obligation du vendeur, à la livraison des marchandises, puisque seuls les documents remis par le banquier à l'acheteur permettront à celui-ci de retirer la cargaison. Or, le vendeur ne peut pas se désintéresser de l'exécution de son obligation et, par suite, du sort des documents ; il engagerait sa responsabilité s'il ne permettait pas à son acquéreur d'en prendre livraison en

(1) En ce sens, *Civ.*, 25 mars 1902, *D.* 1903, I, 1/4. Voir la justification de ce droit de gage dans Lescot et Roblot, t. II, n° 519, c.

(2) Voir par exemple Terrel et Lejeune, p. 276 et suivantes.

ne lui remettant pas, ou en ne lui faisant pas remettre, les documents aux conditions arrêtées dans le contrat de vente. Il ne faut pas que l'escompte puisse entraver l'exécution normale du contrat de vente. En recevant les documents, le banquier contracte implicitement, mais certainement, l'obligation de transmettre les documents conformément aux indications du vendeur, soit contre acceptation, soit contre paiement. Souvent, il reçoit même des instructions plus précises dans la lettre de gage sur la conduite à tenir, suivant l'attitude du tiré (1). D'une façon plus générale, il faut, croyons-nous, mettre à sa charge l'obligation d'agir avec diligence, de manière à ne pas engager la responsabilité du vendeur vis-à-vis de l'acheteur, sans toutefois compromettre les garanties du paiement (2). Certains auteurs vont plus loin encore, semble-t-il, et l'obligent à agir au mieux des intérêts du vendeur (3). Le banquier joue en quelque sorte le rôle de mandataire du vendeur. Cependant, il faut bien le préciser, ce n'est pas un véritable mandat au sens juridique du terme. Le banquier est porteur de la traite et des documents, il n'est pas au lieu et place du vendeur comme un véritable mandataire, et lorsque l'acheteur aura accepté la traite, il ne pourra plus se voir opposer les exceptions opposables au vendeur. Il n'y a pas, à proprement parler, représentation juridique du vendeur par le banquier auprès du tiré. Aussi, certains auteurs préférèrent-ils parler d'obligations contractées par le banquier, plutôt que de mandat (4). Sous cette réserve cependant, l'expression de mandat fait image ; nous l'emploierons pour la commodité de l'exposé.

421. — Ainsi l'escompte des traites documentaires s'avère une opération extrêmement complexe. Nous y trouvons trois éléments : l'opération d'escompte proprement dite ; une constitution de gage assurant la bonne fin de l'escompte, et un

(1) Terrel et Lejeune, p. 286 et suivantes, donnent un exemple de lettre de gage appelée quelquefois, selon la désignation anglaise, « certificate of hypothecation ».

(2) Par exemple, le banquier ne doit pas remettre les documents avant l'acceptation ou avant paiement.

(3) Voir notamment les développements de Terrel et Lejeune, p. 279 et suivantes.

(4) Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 521, et la note 1; Terrel et Lejeune, p. 279, écrivent : « Cette expression de mandataire, prise en son sens rigoureux, est certainement impropre ; mais elle donne une idée approximative du rôle du porteur de l'effet documentaire jusqu'à la présentation au paiement ou à l'acceptation. » La doctrine italienne se prononce davantage en faveur du mandat, mais donne des solutions identiques (voir Donadio, *Lo sconto*, n°s 26 et suivants ; Minervini, *Lo sconto bancario*, n°s 38 et suivants, et l'article 1860 du Code civil italien).

« mandat » obligeant le banquier à veiller à la stricte exécution du contrat de vente, selon les instructions du vendeur (1).

Ces trois éléments de l'opération ne sont pas sans exercer une influence les uns sur les autres ; leurs effets sont souvent contradictoires, il est nécessaire de trouver un point d'équilibre. Le déroulement classique de l'opération d'escompte s'en trouve modifié. Envisageons successivement l'hypothèse d'une clause documents contre acceptation, et celle d'une clause documents contre paiement.

1° *Clause documents contre acceptation.*

422. — Au cas d'escompte d'une lettre de change non documentaire, le banquier est, en principe, libre de présenter ou non la lettre à l'acceptation. Ici, au contraire, la présentation à l'acceptation est obligatoire. En effet, le banquier « mandataire » du vendeur doit veiller à l'exécution stricte des stipulations du contrat de vente et engagerait sa responsabilité s'il ne sollicitait pas, ou ne faisait pas solliciter, dans les meilleurs délais, l'acceptation du tiré, en échange des documents.

423. — Si le tiré accepte, le banquier possède à son encounter un droit propre et ne peut plus, s'il est de bonne foi, se voir opposer par celui-ci les exceptions opposables au vendeur ou aux précédents porteurs. Vis-à-vis du tiré, en effet, le banquier agit comme porteur de la lettre et des documents, et non pas comme mandataire du vendeur.

Mais, en échange de cet engagement cambiaire irrévocable et définitif, le banquier escompteur doit se dessaisir des documents et perd ainsi son droit de gage sur les marchandises. La constitution de gage doit disparaître pour permettre l'exécution du contrat de vente. Les obligations de « mandataire » du banquier l'emportent nécessairement sur ses droits de gagiste.

424. — Si le tiré refuse d'accepter, le banquier conserve les documents et le tiré ne peut retirer les marchandises. C'est au banquier qu'incombe la charge de prendre la livraison de la cargaison et de « soigner » celle-ci. Il y est tenu à un double titre : comme créancier gagiste chargé d'assurer la

(1) Donadio, n° 29, p. 61 : « Lo sconto della tratta documentata non può che decomporsi in : uno sconto, per il credito del venditore verso il compratore ; un mandato del venditore alla banca di consegnare al compratore i documenti della merce ; un pegno della banca sugli stessi... siamo così in presenza di un concorso di plu contratti, e non di un contratto unico o di un contratto misto. » Voir également Minervini, n° 38, p. 126.

conservation du gage (art. 2080 du Code civil), et comme « mandataire » du vendeur, chargé d'agir dans son intérêt.

Porteur de la traite non acceptée, le banquier peut faire dresser protêt faute d'acceptation, et demander immédiatement le paiement de la traite à tous les signataires (art. 147 du Code de Commerce). Si ces derniers refusent de payer, il peut réaliser son gage dans les formes légales et se payer sur le prix.

Cependant, le droit que le banquier tire de l'article 147 peut être en conflit avec ses devoirs de mandataire. Il peut être, en effet, plus avantageux d'accorder un délai à l'acheteur pour lui permettre d'effectuer des vérifications sur la cargaison (1), que de faire dresser protêt immédiatement et d'aboutir à la résiliation du contrat de vente. Si, comme semblent l'admettre certains auteurs, le banquier a l'obligation d'agir au mieux des intérêts du vendeur, ou de solliciter ses instructions, il ne doit pas faire dresser protêt et ne peut ainsi se prévaloir de l'article 147. En fait, les banquiers ne font dresser protêt faute d'acceptation que s'ils se heurtent à un refus définitif du tiré. Nous pensons toutefois qu'ici les devoirs du banquier doivent céder le pas à ses droits d'escompte. En vérité, une distinction s'impose : si, lors de l'escompte, le vendeur a donné comme instructions au banquier de ne pas brusquer l'acheteur, le banquier savait à quoi il s'engageait. Il doit respecter ces instructions. Mais, à défaut d'instructions précises sur ce point, données au moment de l'escompte, le banquier est en droit de se conformer strictement à la clause documents contre acceptation. Le vendeur ne peut pas, par des instructions ultérieures, diminuer les droits cambiaires ni ceux de la transmission de la lettre de change ou du contrat d'escompte. Les droits et les obligations du banquier sont fixés au jour de l'escompte.

2° *Clause documents contre paiement.*

425. — Les traites documentaires ne comportent généralement pas l'indication d'une échéance nettement déterminée. Elles sont tirées à vue ou à un certain délai de vue. Dans l'escompte ordinaire, à défaut de stipulation expresse, le banquier peut présenter la traite au paiement dans le délai d'un an (art. 132 du Code de Commerce). Il n'encourt aucune responsabilité à l'égard du remettant s'il présente la traite plusieurs mois après sa remise à l'escompte (2). En matière d'escompte ou de traite

(1) Voir Lescot et Roblot, t. I, n° 523. L'acheteur doit accepter que les documents lui soient présentés sans pouvoir exiger de vérifier au préalable l'état de la cargaison. Il en va de même pour la clause documents contre paiement. Lescot et Roblot, t. I, n° 529.

(2) Montpellier, 17 février 1949, J.C.P. 1949, II, 4805, note H. Cabrillac.

documentaire, la situation n'est pas identique. Le banquier participe à l'exécution de l'obligation du vendeur. Même à défaut de stipulation expresse, il serait obligé de présenter le titre avant une certaine date ; il est tenu d'y procéder dans les meilleurs délais. En effet, comme porteur des documents, « mandataire du vendeur », il a l'obligation de les remettre au tiré pour lui permettre de procéder à l'enlèvement des marchandises en temps opportun, en général à l'arrivée du navire. S'il ne se montrait pas diligent dans l'exécution de son « mandat », il engagerait sa responsabilité envers son client (1).

426. — Lorsque la traite est à un certain délai de vue, le banquier doit la présenter à l'acceptation. Peut-il, au cas de refus d'acceptation, demander immédiatement aux signataires du titre de lui rembourser immédiatement le montant nominal de la traite, conformément à l'article 147 du Code de Commerce ?

En France, le problème ne semble pas avoir été soulevé (2). La doctrine italienne répond par la négative, avec raison, semble-t-il (3).

En stipulant la clause documents contre paiement, le vendeur a entendu s'exonérer de la garantie de l'acceptation. Le banquier a l'obligation de présenter la traite au paiement à l'échéance fixée ; il doit, en effet, veiller à la stricte exécution du contrat de vente, et le tiré a le droit d'exiger la remise des documents contre le paiement à l'échéance. Le fait d'avoir assumé cette obligation implique chez le banquier la volonté de renoncer au bénéfice de l'article 147 du Code de Commerce. Au demeurant le banquier, ayant l'obligation de proposer les documents au tiré à la date d'échéance, ne pourrait réaliser auparavant son gage.

427. — Le tiré peut proposer de payer une partie seulement du montant de la traite et de retirer la fraction correspondante de marchandises. Dans l'escompte ordinaire le banquier, comme tout porteur, ne peut refuser un paiement partiel (art.

(1) Le banquier ne serait pas porteur négligent au sens de l'article 156 du Code de Commerce, puisque par hypothèse le titre ne mentionnait pas l'obligation de le présenter avant le délai d'un an, mais le remettant pourrait repousser le recours cambiaire du banquier en alléguant sa responsabilité comme mandataire.

(2) Voir cependant Terrel et Lejeune, p. 290.

(3) Angeloni, *Lo sconto*, p. 224; Minervini, *Lo sconto bancario*, n° 39, p. 131. Ce dernier auteur écrit : « ... non importa mancato « buen fine » del titolo scontato il rifiuto da parte del trattario di accettazione di cambiale documentata, con clausula « documenti contre pagamento », pioche — si ritiene per comune cosenso — tale clausula implica esonero dello scontatorio dalla responsabilita per mancata accettazione. »

136 C. Com.). Au contraire, dans l'escompte d'une traite documentaire, à moins que le banquier n'ait accepté expressément une clause autorisant ce paiement et ce retrait partiels, il est en droit de refuser de se dessaisir d'une partie des marchandises qui constituent son gage, tant qu'il n'est pas payé intégralement. En effet, aux termes de l'article 2082 du Code civil, le gage est indivisible et le débiteur ne peut contraindre le créancier à le restituer en tout ou en partie, tant que la dette garantie n'est pas éteinte (1).

428. — Enfin, si le tiré refuse de payer, le banquier escompteur doit faire dresser protêt et doit s'abstenir de lui remettre les documents sous peine d'engager sa responsabilité envers le vendeur. Il conserve ainsi ses deux garanties, personnelle et réelle, qui vont lui permettre d'obtenir le paiement de la traite. Mais est-il obligé d'observer un certain ordre dans la mise en jeu de ses garanties ? En l'absence de texte exprès, il semble impossible d'obliger le banquier à réaliser d'abord le gage avant de poursuivre les divers signataires du titre au cas où il ne serait pas rempli de sa créance (2). En vérité, il s'agit d'une question de fait. Si, en principe, on ne peut obliger le banquier à suivre un certain ordre dans ses poursuites, il ne faut pas oublier cependant que, d'une part, il doit veiller à la conservation du gage (art. 2080 C. Civ.), et que, d'autre part, « mandataire » du vendeur, il doit agir au mieux de ses intérêts. Si donc la marchandise est sujette à déperissement, il doit procéder le plus rapidement possible à sa vente dans les formes légales, sauf instructions contraires. Si les marchandises ne courent aucun danger, il peut poursuivre d'abord les divers coobligés.

(1) En ce sens, Lescot et Roblot, t. I, n° 531, *in fine*.

(2) En ce sens, voir Terrel et Lejeune, p. 294 ; Lescot et Roblot, t. I, n° 532 ; G. Petit-Dutaillis, n° 440. Pour la doctrine italienne, et en sens contraire, Donadio, *Lo sconto*, p. 64. « La banca deve realizzare l'importo delle merci prima d'agire contro gli obligati cambiari di regresso della tratta. Il principio generale dispone, è vero, il contrario... Ma, nella tratta documentata, l'uso costante del commercio è nel senso che la banca debba realizzare il pegno prima di agire in regresso. Tale uso appare giustificato dal desiderio del contraente di non essere molestato per la vendita di merce in parti da lui lontane ed è confermato da apposite clausule frequenti. »

CHAPITRE III

LE TITRE ESCOMPTÉ A ÉTÉ RÉESCOMPTÉ

429. — Par le réescompte (1), le banquier escompteur se trouve remboursé de « l'avance » qu'il a consentie au remettant (2), mais l'opération d'escompte n'est pas dénouée pour autant, car le banquier escompteur garantit le paiement du titre au banquier réescompteur et, tant qu'il reste exposé à un recours pour non-paiement du titre, le remettant reste tenu envers lui.

L'opération d'escompte sera dénouée très simplement si l'effet est payé à l'échéance par le tiré ou par quelqu'un dont le banquier escompteur n'est pas le garant. Libéré de toute garantie envers le banquier réescompteur, le banquier escompteur est remboursé définitivement de son avance, le remettant est libéré.

Si l'effet n'est pas payé à l'échéance et que le banquier réescompteur exerce son recours en garantie contre l'escompteur, celui-ci, après l'avoir payé, pourra, en principe tout au moins, se retourner contre le remettant et les autres signataires de l'effet. L'opération d'escompte se dénouera par l'exercice des actions dont dispose le banquier escompteur, actions nées du titre (recours cambiaire), ou du contrat (garantie de la bonne fin).

Mais, dans certaines hypothèses qu'il convient de préciser, ces recours en garantie du banquier escompteur contre le remettant, et même contre les autres signataires du titre, peuvent être entravés par la possibilité du banquier réescomp-

(1) Toute aliénation de l'effet pose des problèmes identiques et les solutions sont semblables.

(2) Vis-à-vis du banquier réescompteur, l'escompteur joue le rôle de remettant, mais pour éviter toute confusion nous ne le désignerons jamais par ce vocable, réservant celui-ci au bénéficiaire de l'escompte.

teur de demander directement le paiement de l'effet de commerce à ces signataires (1), si bien que l'escompteur devra payer une partie de l'effet, sans pouvoir en demander le remboursement à ses propres garants.

Le banquier escompteur dispose de deux sortes de recours :

— Les recours cambiaires nés du titre contre le remettant, mais aussi contre les tiers signataires du titre ;

— Le recours fondamental en garantie né du contrat d'escompte à l'encontre du remettant.

Il nous faut étudier l'influence du réescompte :

1° Sur l'exercice des recours cambiaires ;

2° Sur l'exercice du recours fondamental.

Section I. — L'influence du réescompte sur l'exercice des recours cambiaires du banquier escompteur

430. — Le problème ne se pose que si le banquier escompteur est l'objet d'un recours de la part du porteur non payé. Peut-il à son tour exercer un recours cambiaire contre le remettant et contre les autres signataires du titre qu'il a pour garants (2) ?

Pour résoudre le problème, il faut appliquer les principes suivants :

1° Le banquier escompteur ne peut recourir contre le remettant que dans la mesure où il a payé le banquier réescompteur. S'il n'a payé qu'une fraction du montant de l'effet, il ne peut recourir que pour cette fraction.

2° Encore faut-il que ce recours soit possible au regard des articles 521 et 522 (542 et 544 anciens) du Code de Commerce. La portée de ces deux articles se trouvera étendue au profit du réescompteur qui a inscrit son recours contre l'escompteur dans le compte courant qui les lie (3).

3° Il est bien évident que, dans la mesure où le banquier escompteur peut exercer le recours cambiaire contre le remettant, il peut en porter le montant dans le compte courant.

(1) Ces difficultés particulières de dénouement ne pourront apparaître que dans le cas où l'escompte et le réescompte portent sur des effets de commerce, car c'est seulement dans cette hypothèse que le banquier réescompteur peut demander directement le paiement du titre au remettant.

(2) Pour simplifier, nous ne parlerons désormais que du recours à l'encontre du remettant, les recours contre les autres signataires obéissant aux mêmes règles.

(3) Voir *supra*, nos 373-376.

Cette contrepassation ne soulève en la matière aucun problème particulier (1).

431. — Il est des hypothèses qui ne présentent aucune difficulté.

— Si le banquier escompteur paie intégralement le réescompteur, il peut toujours se retourner contre le remettant ; il est redevenu, en effet, porteur légitime du titre (2). Il n'y a pas à distinguer suivant que l'une ou l'autre des parties à l'escompte est en faillite, ou que le réescompteur a exercé son recours du change directement ou par la voie de la contrepassation. Rappelons, à cet égard, que la contrepassation vaut paiement lorsque le compte courant est en cours de fonctionnement, ou, étant clôturé, se solde au profit du récepteur.

— Il n'y aura pas également de difficultés si escompteur et remettant sont tous deux *in bonis*, et si le réescompteur a perçu un acompte du remettant avant de poursuivre l'escompteur, celui-ci pourra se retourner contre le remettant pour la fraction qu'il a eu à payer.

Plus délicates sont les hypothèses suivantes :

432. — 1° Le réescompteur a d'abord poursuivi le remettant en faillite, et n'a obtenu qu'un dividende ; il se tourne ensuite vers le banquier escompteur et obtient le complément de l'effet. Nous pensons que l'escompteur ne peut exercer le recours cambiaire contre le remettant pour ce qu'il a payé, sinon la faillite du remettant subirait une double production : celle du réescompteur pour le total ; celle de l'escompteur pour le complément qu'il a dû payer au réescompteur. L'article 522 interdit un tel recours (3).

433. — 2° Le réescompteur a poursuivi le banquier escompteur en état de faillite et touché un dividende. Le syndic du banquier escompteur peut-il recourir contre le remettant *in bonis* pour lui demander de reverser ce dividende ? Une distinction s'impose.

(1) Cependant, presque tous les auteurs étudient l'influence du réescompte sur le droit de contrepasser du banquier escompteur à l'encontre du remettant. *Pour nous, la contrepassation restant un mode d'exercice du recours du change, le problème se réduit à savoir si ce dernier est possible.*

(2) En ce sens, H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 35 ; Escarra et Rault, t. 6, n° 549, p. 371 ; Cass. Req., 25 juin 1862, D. P. 62, I, 479.

(3) En ce sens, cf. Brun, p. 69 ; Houin et Derrida, *Encyclopédie Dalloz, Droit commercial*, V° Faillite, n° 1933, et les références ; Percerou et Desserteaux, II, n° 838, p. 141, et n° 845, p. 150, et les références. *Contra* : H. Cabrillac, *J. Cl. Banque*, fasc. 43, n° 36 ; Hamel, t. I, n° 413 ; Escarra et Rault, t. VI, p. 371, n° 549 ; Piret, *op. cit.*, n° 216.

a) Si le banquier réescompteur a produit directement à la faillite du banquier escompteur pour le montant de sa créance cambiaire, il faut reconnaître au syndic de la faillite de l'escompteur le droit de demander au remettant *in bonis* de rembourser le dividende payé au réescompteur.

En effet, le remettant étant *in bonis*, le banquier réescompteur ne peut lui demander que le complément lui restant dû sur le montant de l'effet. Le remettant, en remboursant le dividende payé, ne court aucun risque de payer deux fois le même effet de commerce.

b) Mais il en va autrement lorsque le banquier réescompteur a inscrit sa créance cambiaire dans le compte courant qui le liait à l'escompteur et a produit pour le solde débiteur de ce compte.

Il faut appliquer ici les solutions que nous avons précédemment dégagées à propos des effets de la contrepassation au cas de faillite du remettant : le système du cumul ou de la production intégrale (1).

Nous savons que le banquier qui a contrepassé a le droit de cumuler les dividendes qu'il touche sur le solde du compte et les sommes qu'il perçoit des autres coobligés, même *in bonis*, et même si ces sommes atteignent le montant intégral de l'effet, et ce jusqu'à complet paiement du solde.

Le banquier réescompteur a donc le droit dans cette hypothèse d'exiger du remettant ou d'un autre signataire le paiement intégral de l'effet, tout en percevant un dividende dans la faillite de l'escompteur sur le montant de l'effet.

Il apparaît, dans ces conditions, que le banquier escompteur, ou plutôt son syndic, ne peut pas recourir contre le remettant pour lui demander le remboursement du dividende payé.

En effet, le réescompteur n'aura pas manqué d'exiger le paiement intégral de l'effet du remettant *in bonis* ou des autres signataires, et ce paiement étant obtenu, le remettant est déchargé de toute garantie envers l'escompteur, puisque l'événement garanti s'est réalisé.

De plus, admettre la solution opposée reviendrait à exposer le remettant à un double paiement (une fois au réescompteur pour le paiement de l'effet, une autre fois à l'escompteur jusqu'à concurrence du dividende), ou bien à l'obliger à payer une partie de l'effet alors qu'il est privé de tout recours contre ses propres garants qui ont payé le titre au réescompteur.

Le banquier escompteur doit supporter les effets du compte courant existant entre lui-même et le réescompteur.

(1) Voir *supra*, nos 373-376.

Si le cumul des dividendes perçus dans la faillite de l'escompteur et les sommes reçues du remettant et autres coobligés dépassent le montant du solde débiteur, le banquier réescompteur devra restituer l'excédent à la faillite de l'escompteur qui a pour garants les autres signataires (art. 522 *in fine*).

434. — 3° Une dernière hypothèse peut se présenter. Il se peut que le banquier escompteur et son remettant soient tous deux en faillite.

Il suffit, nous semble-t-il, d'appliquer purement et simplement les articles 521 et 522 du Code de Commerce (1).

Le banquier réescompteur va produire dans les deux faillites pour le montant intégral de l'effet jusqu'à son complet paiement ; l'article 522 interdit tout recours d'une faillite contre l'autre en raison des dividendes payés, ce qui exclut tout recours du banquier escompteur contre le remettant. S'il y a un excédent, il sera révolu au banquier escompteur, puisqu'il a les autres signataires pour garants. Mais encore faut-il que le réescompteur n'ait pas inclus sa créance cambiaire dans le compte courant qui le liait à l'escompteur. Dans ce cas, l'excédent sera conservé par le réescompteur jusqu'à complet paiement du solde du compte courant, pour lequel il produit à la faillite de l'escompteur.

Section II. — L'influence du réescompte sur l'exercice du recours fondamental du banquier escompteur contre le remettant

En l'espèce, il y a un parallélisme rigoureux entre le recours cambiaire et le recours fondamental du banquier escompteur (recours né du contrat d'escompte).

435. — 1° Dans toutes les hypothèses où le banquier escompteur pouvait exercer son recours cambiaire contre le remettant, il peut exercer son recours fondamental en garantie dans la mesure où il a dû payer le réescompteur.

En effet, dans ces hypothèses le remettant ne risque pas d'avoir à payer deux fois le montant de l'effet, et il n'y a aucune raison d'empêcher l'exercice de la garantie née du contrat d'escompte.

(1) En ce sens, H. Cabrillac, fasc. 43, n° 37 ; Hamel, I, n° 413 ; Escarra et Rault, VI, n° 549, p. 371 ; cf. Mater, n° 28 ; Cass. Req., 25 juin 1862, D. P. 62, I, 479, S. 1862, I, 179.

Une difficulté particulière peut surgir lorsque le réescompteur n'a pas présenté l'effet à l'échéance et n'a pas fait dresser protêt en temps utile, mais peut toujours recourir contre l'escompteur en vertu d'une clause d'irresponsabilité pour protêt tardif.

L'escompteur ne peut, dans cette hypothèse, exercer le recours cambiaire contre le remettant puisque l'effet n'a pas été protesté en temps utile, et que la convention d'irresponsabilité pour protêt tardif est inopposable à ce dernier ; mais peut-il exercer le recours fondamental en garantie ?

Il faut répondre par l'affirmative car le banquier réescompteur, porteur négligent aux yeux du remettant, ne peut le poursuivre directement et celui-ci ne risque pas de payer deux fois le même effet.

Cependant, il faut tenir compte des règles particulières à la garantie de la bonne fin : l'escompteur devra démontrer que le retard dans la présentation du titre n'est pas à l'origine du défaut de paiement.

436. — 2° Mais, à l'inverse, le banquier escompteur ne peut exercer son recours fondamental dans tous les cas où, en raison de l'article 522, il ne peut exercer son recours cambiaire contre le remettant. Par exemple, le banquier réescompteur a produit pour le montant de l'effet à la faillite du remettant, a touché un dividende et a demandé le complément au banquier escompteur. Nous avons vu que ce dernier ne pouvait demander au remettant le remboursement de ce qu'il avait payé sur la base de la garantie cambiaire. La part d'actif revenant à l'effet dans la faillite du remettant étant épuisée par la production du réescompteur (art. 522). Une solution identique s'impose si le banquier escompteur demande le paiement en vertu de la garantie de la bonne fin.

Cependant, certains auteurs ont mis en doute cette solution (1). On pourrait soutenir, en effet, que l'article 522 interdit les actions récursoires entre coobligés et ne s'applique par conséquent qu'aux actions cambiaires et non pas aux actions extra-cambiaires fondées sur une cause autre que la solidarité. Or, le recours fondamental est basé sur le contrat d'escompte qui ne crée aucune solidarité entre remettant et escompteur au profit du réescompteur. Cette argumentation ne peut être admise. Qu'il s'agisse de la garantie cambiaire ou de la garantie de la bonne fin, c'est toujours le paiement du

(1) Voir Escarra et Rault, t. VI, n° 549, p. 371, dernier alinéa.

titre qui est garanti, et admettre la solution opposée serait exposer le remettant à un double paiement, ou à une double production, ce que prohibe formellement l'article 522.

Dans certaines hypothèses, des raisons plus péremptoires encore commandent cette solution. Ainsi, lorsque le réescompteur a produit à la faillite de l'escompteur pour le solde du compte courant comprenant l'effet impayé, le réescompteur peut exiger des autres coobligés le paiement intégral de l'effet, sans rien avoir à déduire de sa production à la faillite de l'escompteur. Si l'effet a été ainsi payé, le remettant se trouve déchargé de toute garantie envers l'escompteur, puisque l'événement garanti s'est réalisé.

CONCLUSION

437. — Nous avons pu constater, à maintes reprises, l'originale complexité de l'opération d'escompte. Elle reflète le caractère mécanique du Droit bancaire. Très souvent, dans le commerce bancaire, les parties contractantes utilisent des mécanismes juridiques préétablis dont les rouages précis, bien connus, facilitent la réalisation rapide de l'opération tout en augmentant leur sécurité réciproque. Les effets de l'accord de volonté sont alors complétés par ceux des mécanismes juridiques qu'il met en jeu. Ainsi, le banquier escompteur et son client apparaissent liés par un triple rapport de droit :

— Le contrat d'escompte, aux termes duquel les parties décident de procéder à une opération d'escompte et assument des obligations réciproques ;

— Le rapport cambiaire, né de l'endossement de l'effet au banquier en exécution de l'obligation du remettant ;

— Enfin, la convention de compte courant assurant, selon des modalités particulières, le règlement des créances nées du contrat d'escompte ou du non-paiement de l'effet escompté.

Les effets de l'endossement et du compte courant sont si puissants, si originaux, qu'ils ont souvent masqué aux interprètes certains des effets du contrat d'escompte proprement dit : les instruments, les mécanismes juridiques utilisés ont pris le pas sur la volonté des parties qui les a déclenchés. Nous estimerions avoir fait œuvre utile si cette étude pouvait restituer à cet accord de volontés toute sa valeur et tous ses effets.

438. — Nous avons vu que le contrat d'escompte était un contrat autonome, *sui generis*, impossible à ramener à l'un des types contractuels du Droit civil. Il a une nature hybride, à mi-chemin du prêt et de l'achat, plus proche cependant du second que du premier. Comme le prêt, c'est une opération de crédit, mais sa structure juridique l'en distingue alors qu'elle le rapproche de l'achat : ce n'est pas un prêt, car l'échange de deux valeurs en propriété, l'une en contrepartie de l'autre, est exclusif de l'idée de prêt, contrat unilatéral. Mais ce n'est pas non plus un achat de titre au comptant, car le banquier escompteur n'a pas l'intention de spéculer sur la valeur plus ou moins grande de l'effet à son échéance ; il réalise, au contraire, une opération de crédit, il anticipe sur le paiement de l'effet, en « avance » immédiatement le montant car il a confiance dans son paiement à l'échéance. Il entend retirer de

cette opération la rémunération normale du capital avancé et le remboursement des frais déboursés.

Ce caractère d'opération de crédit, cet acte de foi du banquier, par trop négligés, confèrent à l'escompte son originalité et une richesse d'effets que n'a pas l'achat de titre.

Cette confiance du banquier dans le paiement du titre escompté repose sur une double base : la valeur propre du titre, de par la structure même de l'opération, en est le fondement essentiel ; la solvabilité du remettant, le fondement naturel. Le titre, en effet, a bien une valeur propre, mais, dans la plupart des cas, celle-ci est insuffisante pour déterminer l'acte de foi du banquier ; ce dernier ne connaît pas la solvabilité du tiers débiteur principal du titre, il connaît au contraire celle de son client et entend pouvoir se retourner contre lui en cas de non-paiement du titre à l'échéance. Il est naturel que le crédité garantisse au créateur le remboursement du crédit avancé si le mécanisme normal de l'opération se trouve en défaut.

439. — Cette garantie du paiement de l'effet à son échéance est due par le remettant à un double titre : en vertu de l'endossement et en vertu du contrat d'escompte lui-même. Ce serait en effet une erreur, croyons-nous, de n'admettre au profit du banquier escompteur que le recours cambiaire ; il doit disposer en outre d'un recours de droit commun en paiement du titre escompté, comme l'ont admis la Commission de réforme du Code de Commerce et le Code civil italien de 1942. Le fait que le mécanisme cambiaire utilisé assure la réalisation parfaite de la volonté des parties, n'est pas une raison suffisante pour écarter les effets de cette volonté et la garantie de droit commun qu'elle prévoit. Il faut distinguer avec soin les effets de l'endossement et ceux du contrat causal. Cette garantie du paiement du titre est voulue par les parties, elle s'exprime dans le contrat d'escompte par la clause « sauf bonne fin ». Cette clause n'est pas propre à l'escompte *en compte courant* et n'a pas seulement pour but de permettre la contrepassation, elle est de la nature même du contrat d'escompte ; elle traduit la réserve du banquier qui ne veut pas courir le risque de non-paiement et entend bénéficier de la garantie du remettant dont il connaît la surface financière. Ce n'est point une clause résolutoire entraînant l'anéantissement rétroactif de l'opération d'escompte, comme pourrait le laisser croire une terminologie défectueuse, mais une véritable clause de garantie du paiement du titre. Il serait en effet contraire à la structure du contrat d'escompte, et partant à la volonté des parties, que la mise en œuvre de l'un des fondements de la confiance du banquier (la solvabilité du remettant) entraîne nécessairement l'anéantissement de l'autre (la propriété du titre escompté et le droit de recourir contre les tiers signataires).

Ce recours de droit commun en paiement du titre escompté ne présente d'intérêt, il est vrai, que dans la mesure où le recours cambiaire ne peut pas être exercé par le banquier escompteur ; il ne bénéficie pas de la même rigueur, ni de la même force que ce dernier recours. Il constitue cependant une sécurité non négligeable qui permet de pallier une défaillance toujours possible du banquier, et qui vient s'ajouter aux « privilèges » dont il jouissait déjà.

440. — La solution des différents problèmes juridiques soulevés par l'opération d'escompte est souvent, en effet, à l'avantage du banquier. Les syndics de faillite, défenseurs des intérêts de la masse chirographaire, s'élèvent fréquemment contre la position privilégiée des banquiers. Mais, au terme de cette étude, les avantages dont ils jouissent nous apparaissent pleinement justifiés. Ils résultent du jeu normal des règles juridiques.

Porteur d'un effet de commerce, le banquier bénéficie des prérogatives du droit cambiaire. Ce droit ne sacrifie-t-il pas l'intérêt, souvent légitime, du débiteur à la sécurité du porteur ? Lorsque le banquier ne peut invoquer les règles du droit cambiaire, il est normal qu'il puisse demander à son client le paiement du titre escompté, puisque ce dernier, par le contrat d'escompte même, et la clause sauf bonne fin, s'est porté garant du paiement à l'échéance. N'est-il pas impérieux de respecter la volonté des parties ?

Les solutions de la jurisprudence en matière de contrepassation ont paru à beaucoup inspirées d'un favoritisme arbitraire au profit du banquier. Lorsque le remettant est en faillite, les effets combinés de l'indivisibilité du compte courant et de la théorie des coobligés en matière de faillite, permettent au banquier de conserver la propriété de l'effet contrepassé et d'en poursuivre le paiement contre les tiers signataires tout en produisant à la faillite du remettant pour le solde du compte ainsi rectifié par la contrepassation. Le banquier peut ainsi produire à la faillite de son client, jusqu'à apurement complet de sa créance, pour le montant d'un effet qui lui a été intégralement payé par les tiers signataires. Nous avons essayé de démontrer que ces solutions étaient en harmonie avec la volonté des parties à la convention de compte courant. La Cour de Cassation n'a pas hésité à appliquer cette convention dans les cas où elle allait à l'encontre des intérêts des banquiers. Il en a été ainsi notamment lorsque, se fondant sur l'effet novatoire de la remise en compte courant, elle a déclaré le 25 janvier 1955 que le banquier perdait la propriété de l'effet contrepassé si le remettant était *in bonis* et le compte en cours de fonctionnement lors de la contrepassation. Cette solution nouvelle a soulevé de vives protestations de la part des banquiers ; elle est cependant pleinement justifiée. Mais

la lutte incessante reprendra sur ce point entre syndics et banquiers le jour où ces derniers aménageront les effets du compte courant et stipuleront que les garanties attachées à la créance cambiaire seront reportées sur le solde du compte, tournant ainsi la solution de l'arrêt du 25 janvier 1955. Il faudra, là encore, sanctionner la convention qui fait la loi des parties et donner raison aux banquiers. Le banquier est plus puissant que le simple commerçant et lui impose sa volonté. C'est un fait. Mais n'est-ce pas la règle commune de tous les contrats d'adhésion ?

Il est donc normal que le cumul des règles du droit cambiaire et des règles de la théorie des coobligés en matière de faillite, avec les effets du compte courant et ceux du contrat d'escompte, aboutisse à un véritable privilège au profit des banquiers.

441. — Justifiées en droit strict, ces prérogatives apparaissent légitimes sur le plan de l'éthique juridique. « Les banquiers participent à un véritable service public de distribution du crédit », écrit M. le professeur Houin (1). C'est le propre des services publics de jouir de règles qui les avantagent. L'intérêt général y trouve son compte : un crédit bien garanti est moins onéreux. Ces avantages sont d'ailleurs compensés par des devoirs plus stricts. Leur caractère de service public oblige les banques « à prendre toutes les précautions utiles pour ne pas maintenir abusivement le crédit d'entreprises qui ne le méritent pas ». « Si la banque a la liberté de dispenser son crédit à son gré, elle est tenue à l'égard des tiers à ne pas favoriser le commerçant dont le passé est un mauvais présage pour l'avenir, et à mesurer les facilités qu'elle lui accorde au crédit qu'il mérite (2). » C'est à cette seule condition que les banques remplissent leur mission d'intérêt général, et c'est sur ce point que doit porter la sévérité des tribunaux.

(1) Note à la *R. T. D^t Com.*, 1955, p. 151, n° 16, sur le jugement du Trib. Com. de Carcassonne, du 21 mars 1953.

(2) Jugement du Trib. Com. de Carcassonne précité.

BIBLIOGRAPHIE

I. - OUVRAGES GENERAUX

- BOISTEL. — *Précis de Droit commercial*, Paris, 1884.
- COLIN et CAPITANT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, refondu par Juliot de la Morandière.
- DELAMARE et LE POITEVIN. — *Traité de Droit commercial*, Paris, 1861.
- ESCARRA (J.). — *Cours de Droit commercial*, Paris, 1952.
- ESCARRA (J.), ESCARRA (Ed.) et RAULT (J.). — *Principes de Droit commercial*, t. VI, 1936.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, Paris, 3^e éd., 1925.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1907.
- PARDESSUS. — *Traité de Droit commercial*, Paris, 1842.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité théorique et pratique de Droit civil*.
- RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de Droit civil*.
- RUBEN DE COUDERC. — *Dictionnaire de Droit commercial*, Paris, 1879, (t. III).
- RIPERT, DURAND et ROBLLOT. — *Traité de Droit commercial*, Paris, 1959.
- THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, Paris, 8^e éd., 1931.
- WAHL. — *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, Paris, 1921.

II. OUVRAGES SPECIAUX

- ARDANT. — *Introduction à l'étude des banques*, Paris, 1954.
- ARGENSON, TOUJAS et DUTHEIL. — *La faillite et le règlement judiciaire*, Paris, 2^e éd., 1958.
- CABRILLAC (H.). — *Le chèque et le virement*, Paris, 2^e éd., 1957.
- CAUBOUÉ. — *Monnaie, crédit, banque*, Paris, 1957.
- DIERYCK. — *Les ouvertures de crédit*, Bruxelles, 1945.
- DRAMARD. — *Traité des effets de complaisance*, Paris, 1880.
- FEITU. — *Traité du compte courant*, Paris, 1873.
- FERRONNIÈRE et DE CHILLAZ. — *Les opérations de banque*, Paris, 1958.
- HAMEL. — *Banque et opérations de banque*, t. I et II, Paris, 1943.
- HAMEL. — *Le nouveau régime du chèque*, Paris, 1936.
- HENRION et SIMONET. — *Les aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, Bruxelles, 1960.
- LESCOT et ROBLLOT. — *Les effets de commerce*, t. I et II, Paris, 1953.
- MARAIS. (G.). — *Des droits du banquier tiers porteur en compte courant d'effets de commerce en cas de faillite du remettant*, Paris, 1943.
- MARSAL. — *Encyclopédie de banque et de bourse*.

- PAYES. — *La banque et la bourse*, Paris, Dunod, 1950.
 PERCEROU (J.) et BOUTERON (J.). — *La nouvelle législation de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque*, Paris, Sirey, 1937 et 1951.
 PERCEROU et DESSERTAUX. — *Traité des faillites, liquidations judiciaires et banqueroutes*, Rousseau, Paris, 1936.
 PIRET. — *Le compte courant*, Paris, Bruxelles, 1932.
 TERREL et LEJEUNE. — *Traité des opérations commerciales de banque*, 8^e éd., 1951.
 TOUJAS. — *Traité des effets de commerce*, Paris, 1936-1938.
 TRAVAUX DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU CODE DE COMMERCE ET DU DROIT DES SOCIÉTÉS. — Paris, Lib. Gén. D^e et Jur., 1954.

III. - THESES

- ARNAL. — *De la clause sauf encaissement*, Montpellier, 1928.
 BEVIERRE. — *De la nature juridique du compte courant*, Lille, 1933.
 BOYER-FRAISSE. — *La Banque de France et ses principales opérations*, Paris, 1903.
 BRUN (L.). — *Du compte courant en cas de faillite*, Paris, 1899.
 CALAIS-AULOY (J.). — *Essai sur la notion d'apparence en Droit commercial*, Montpellier, 1959.
 CLÉMENT. — *Etude sur le compte courant*, Paris, 1889.
 CHOLAT. — *Le compte courant*, Lyon, 1927.
 COMET. — *La novation et l'indivisibilité dans le compte courant*, Paris, 1934.
 DA. — *Du contrat de compte courant en Droit français*, Paris, 1877.
 DARTIGUELONGUE. — *L'ouverture de crédit*, Paris, 1938.
 DELEAU. — *La nature du droit du banquier sur l'effet contrepassé en compte courant*, Paris, 1941.
 DELPIROU. — *Du droit des banques à la contrepassation des effets de commerce remis en compte courant en cas de faillite ou de liquidation du remettant*, Rennes, 1929.
 DENIS. — *Les effets de complaisance, étude de jurisprudence*, Paris, 1937.
 DIETZ. — *Des comptes courants*, Paris, 1869.
 EMERY. — *L'escompte en compte courant et ses garanties*, Paris, 1933.
 FARGEAUD. — *Le compte courant et ses garanties*, Paris, 1935.
 FRIEDEL. — *De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, Paris, 1949.
 HÉMARD. — *Des effets de complaisance*, Paris, 1900.
 HUET. — *De la contrepassation en compte courant des effets impayés en cas de faillite de l'une des parties*, Paris, 1938.
 JOURNAL. — *Des effets de la faillite et de la saisie-arrêt sur le compte courant*, Paris, 1932.
 LARGUIER. — *La notion de titre en Droit privé*, Montpellier, 1951.
 LE THIERRY D'ENNEQUIN. — *Le compte courant*, Paris, 1935.
 LOUBET. — *La Banque de France et l'escompte*, Paris, 1900.
 MALLARMÉ. — *Des opérations de banques relatives aux effets de commerce*, Paris, 1937.
 NEEL. — *Les droits du banquier qui a contrepassé des effets remis en compte courant*, Paris, 1956 (dactylographiée).
 NOBLET. — *Du compte courant*, Paris, 1848.
 RENAUD. — *Traité théorique et pratique de l'escompte*, Paris, 1934.
 ROCHE. — *Caractères et effets du compte courant en Droit français*, Grenoble, 1939.
 STOUFFLET. — *Le crédit documentaire*, Dijon, 1955.
 VISTE. — *Les effets de complaisance*, Montpellier, 1939.

IV. - ARTICLES ET CHRONIQUES

- ARDANT. — Le développement des techniques bancaires en France depuis 1945, *Banque*, 1955, p. 210.
- BASTIAN. — L'indivisibilité du compte courant d'après la jurisprudence actuelle, *J. C. P.*, 1940, I, 178.
- BOUTERON (J.). — A propos de l'action civile en matière de chèque, *G. P.*, 23-26 janvier 1954.
- BRUN (A.). — La contrepassation des effets de commerce en cas de faillite du remettant, *J. C. P.*, 1941, I, 206.
- CABRILLAC. — La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier, *J. C. P.*, 1941, I, 235.
— Le fonctionnement du compte courant et les droits de la masse des créanciers, *Banque*, 1948, p. 281 et suivantes.
— La contrepassation en compte courant d'effets impayés lorsque le remettant n'est pas en faillite, *J. C. P.*, 1952, I, 983.
— Articles au Juris-Classeur commercial, *Banque et Bourse*, t. I, fascicules 30 et suivants.
- CHAUVEAU. — De la contrepassation des effets de commerce en compte courant, *Rev. Gén. Fail.*, 1939, p. 129 et suivantes.
- CHÉRON. — Un conflit de jurisprudence sur la contrepassation des effets de commerce en compte courant en cas de faillite du remettant, *D. H.*, 1930, p. 13.
- DU BOUETIEZ DE KERORGUEN. — La généralité du compte courant, *Banque*, 1955, p. 276.
- ESMEIN. — Essai sur la théorie juridique du compte courant, *Rev. Trim. D^t Civ.*, 1920, p. 79 et suivantes.
- GULPHE. — Le service central des risques à la Banque de France, *D.* 1947, I, 105.
- GAROLDE. — Contrepassation et indivisibilité en matière de compte courant d'après la dernière jurisprudence, *J. C. P.*, 1943, I, 355, éd. C.I.
- GERMAIN-MARTIN. — Article sur l'escompte à l'*Encyclopédie Dalloz de Droit commercial*.
- HAMEL. — Comment défendre l'escompte contre la cavalerie, *D. H.*, 1935, p. 85.
— Effets de complaisance, de mobilisation et de cautionnement, *Rev. Pol. et Parl.*, 1934, p. 464 et suivantes.
— La mobilisation des créances bancaires, *Rev. Gén. D^t Com.*, 1933, p. 19.
— L'aval en pension, *Banque*, 1957, p. 707.
- HOUIN et DERRIDA. — Article sur la faillite et le règlement judiciaire à l'*Encyclopédie Dalloz de Droit commercial*.
- MARTY. — Des remises d'effets de commerce en compte courant, *Annales de Droit commercial*, 1931, p. 93 et suivantes.
- MATER. — Des remises en compte courant, *Rev. D^t Banc.*, 1925, p. 241.
— Un privilège des banques : la clause sauf encaissement, *Rev. D^t Banc.*, 1926, p. 108.
— Compte courant, variations de jurisprudence et de doctrine, *Rev. D^t Banc.*, 1932, p. 145 et suivantes.
- NAST. — La jurisprudence et la contrepassation des effets impayés en matière de compte courant, *J. C. P.*, 1941, I, 218.
- PERCEROU (R.). — Article sur le compte courant, à l'*Encyclopédie Dalloz de Droit commercial*.
- SANCERY. — Article sur la Banque de France à l'*Encyclopédie Dalloz de Droit commercial*.
— Rapports sur l'escompte ou l'ouverture de crédit à la Commission de réforme du Code de Commerce et du Droit des Sociétés, *Travaux*, t. IV.

- SCHLOGL. — Les crédits à moyen terme mobilisables destinés au financement d'investissements, *Banque*, 1953, p. 639 et suivantes.
- TIMBAL. — Influence de la faillite du remettant sur la contrepassation des traites par lui remises en compte courant à un banquier récepteur et non échues au jour de la faillite, *Rev. Crit. Lég. et Jur.*, 1931, p. 118 et suivantes.
- TRASBOT. — De la contrepassation des effets de commerce entrés en compte courant au cas de faillite ou de liquidation judiciaire du remettant et de l'attribution des effets ainsi contrepassés, *Annales de D^t Com.*, 1927, p. 285.

V. - NOTES DE JURISPRUDENCE

- BOISTEL. — Trib. Com. Montereau, 10 mai 1892, *D. P.*, 1892, II, 449. Montant de la compensation, sort des effets.
- CABRILLAC (H.). — Paris, 14 décembre 1940, *J. C. P.*, 1941, II, 1608. Chèque payable en monnaie étrangère. - Distinction de l'escompte et de la remise à l'encaissement.
- Cass. Civ., 31 juillet 1947, *J. C. P.*, 1947, II, 4010. L'indivisibilité du compte courant. - Interprétation de la volonté des parties.
- Orléans, 2 février 1949, *J. C. P.*, 1949, II, 4900. Nature de la prescription cambiaire.
- Montpellier, 17 février 1949, *J. C. P.*, 1949, II, 4805. Obligation pour l'escompteur de présenter une traite à vue au paiement dans les meilleurs délais.
- Cass. Com., 10 juin 1949, *J. C. P.*, 1949, II, 5106. Effet novatoire du compte courant.
- Paris, 18 octobre 1952, *J. C. P.*, 1952, deuxième partie, 7398. Nature de la prescription cambiaire.
- Cass. Com., 25 janvier 1955, *J. C. P.*, 1955, II, 8547. Les effets de la contrepassation effectuée lorsque le remettant n'est pas en faillite.
- Cass. Com., 5 décembre 1955, *J. C. P.*, 1956, II, 9134. Chèque remis à l'encaissement. - Preuve.
- Cass. Com., 19 février 1957, *J. C. P.*, 57, II, 9917. Nature de la prescription cambiaire.
- Alger, 18 mars 1957, *J. C. P.*, 1958, II, 10677. Distinction de la prorogation d'échéance et de l'octroi de délai de grâce.
- Limoges, 17 février 1958, *J. C. P.*, 58, II, 10547. Nature de la contrepassation. - Recours de droit commun en garantie.
- CAPITANT. — Crim., 19 juillet 1929 et 29 novembre 1932, *D.* 1933, I, 26. Escompte de chèque.
- CHARBONNIER. — Rouen, audience solennelle, 1^{er} juillet 1958, *J. C. P.*, 1958, II, 10725. Effet de la contrepassation lorsque le remettant n'est pas en faillite.
- CHÉRON. — Req., 1^{er} février 1928, *D.* 1928, I, 119; Req., 19 mars 1928, *D.* 1928, I, 67. Escompte en compte courant, contrepassation.
- Cass. Civ., 19-31 mars, 1^{er} juillet 1930, *D. P.*, 1930, I, 119; Cass. Com., 14 octobre 1940, *D. C.*, 1943, 70. Contrepassation au jour de la faillite du remettant des effets non encore échus.
- GORÉ. — Cass. Com., 18 janvier 1955, *D.* 1955, 188. Prorogation d'échéance, négligence du banquier escompteur.
- Poitiers, 18 mai 1954, *D.* 1955, 365. La responsabilité des banques en cas de présentation et de protêt tardifs des chèques remis par leurs clients.
- HAMEL. — Cass. Civ., 19 novembre 1929, *D. P.*, 1930, I, 97. Effet novatoire du compte courant.

- HOVIN. — Rouen, 24 avril 1948, *R. T. D^t Com.*, 1948, p. 697. Contrepassation après clôture du compte courant.
 — Cass. Com., 13 décembre 1948, *R. T. D^t Com. Revue Trim.*, 1949, p. 504. Date de formation du contrat d'escompte.
 — Paris, 4 juillet 1957, *D.* 58, 156. Inopposabilité des exceptions.
- LACOUR. — Cass. Civ., 24 janvier 1906, *D. P.*, 1906, I, 353. Caractère facultatif de la contrepassation.
- LARGUIER. — Rouen, 24 avril 1948, *J. C. P.*, 1948, II, 4464. Contrepassation après clôture du compte.
- LESCOT. — Req., 5 juillet 1944, *J. C. P.*, 1945, II, 2787. Contrepassation. Paiement d'un acompte par un tiers étranger à la dette du change.
 — Cass. Com., 18 janvier 1955, *J. C. P.*, 55, II, 8602. Prorogation d'échéance. - Négligence de l'escompteur.
 — Cass. Com., 4 janvier 1957, *J. C. P.*, 57, II, 9831. Billet de mobilisation. - Contrepassation au jour de la faillite du remettant.
- LEVILLAIN. — Riom., 23 février 1909, *D. P.*, 1911, II, 337. Nature de la contrepassation.
- NEEL. — Cass. Com., 25 janvier 1955 et 19 décembre 1956, *D.* 1957, 287. Les effets de la contrepassation lorsque le remettant n'est pas en faillite.
- ROBLLOT. — Trib. Com. Seine, *J. C. P.*, 1956, II, 9502.
 — Cass. Com., 26 juin 1956, *J. C. P.*, 1956, II, 9600. Inopposabilité des exceptions.
 — Cass. Ch. réunies, 8 mars 1960, *J. C. P.*, 1960, II, 11616. Aval, présomption de l'article 130, alinéa 6, C. Com.
- SAVATIER (J.). — Montpellier, 23 octobre 1953, *D.* 1955, 131. Distinction de l'escompte et de la remise à l'encaissement.
 — Cass. Com., 2 novembre 1953, *D.* 1954, 657. Escompte en compte courant d'effets libellés en monnaie étrangère.
- THALLER. — Montpellier, 19 janvier 1899, *D.* 1901, II, 289.
 — Montpellier, 3 décembre 1900, *D.* 1903, II, 418.
 — Civ., 15 février 1906, *D.* 1907, I, 169.
 Nature de la contrepassation. - Effets.
- Addé*, de façon générale, les très importantes chroniques de jurisprudence de MM. J. BEQUÉ et H. CABRILLAC à la *R. T. D^t Com.*, et de M. X. MARIN à la *Revue Banque*.

VI. - REPERTOIRES

Encyclopédie Dalloz de Droit commercial.
Encyclopédie Dalloz de Droit civil.
Jurisclassseur commercial, Banque et Bourse.

VII. - REVUES

Annales de Droit commercial.
Banque.
Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambre civile.
Dalloz (D : *Recueil Dalloz*, à partir de 1945).
 D. A. : *Recueil analytique Dalloz*, années 1941-1944.
 D. C. : *Recueil critique Dalloz*, années 1941-1943.
 D. H. : *Recueil hebdomadaire Dalloz*, années 1924-1940.
 D. P. : *Recueil périodique et critique Dalloz*, années antérieures à 1941.

Gazette du Palais.

Jurisclassseur périodique, Semaine juridique.

Revue du Droit bancaire.

Revue générale du Droit des faillites et des liquidations judiciaires.

Revue trimestrielle de Droit commercial.

Sirey, Recueil général des lois et arrêts.

VIII. - OUVRAGES ET ARTICLES ETRANGERS

ALESSI. — *La natura giuridica dello sconto cambiario, Banca borsa e titoli de credito*, 1935, II, 1.

ANGELONI. — *Lo sconto*, Milan, 1919.

ARENA. — *Lo sconto della carte commerciale*, Milan, 1936.

BARNETT. — *Pelgrave's dictionary of political economy*, V° Discount, Londres, 1925.

DONADIO. — *Lo sconto*, Milan, 1948.

GRECO. — *Lo sconto et la girata cambiaria*, *Rev. D^t Com.*, 1934, II, p. 152.

GARRIGUES. — *Los contratos bancarios*, Madrid, 1958.

MESSINEO. — *La natura giuridica del contratto di sconto, dopo la riforma del Codice civile. Banca, borsa et titoli di crediti*, 1943.

MINERVINI. — *Lo sconto bancario*, Naples, 1949.

MOSSA. — *La cambiale secundo la nuova legge*, Milan, 1935, t. I.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres correspondent aux numéros des paragraphes.

A

ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE	228 & s.
Acte séparé	230 & s.
Escompte de ses propres acceptations ..	123
Présentation à l'acceptation	228 & s., 422, 425
Refus d'acceptation	245 & s., 426
ACHAT	
Distinction d'avec l'escompte	47 & s., 89, 114, 148, 291, 302
ACTE ABSTRAIT	20 & s.
ACTE DE COMMERCE	96
ACTIONS (escompte des...)	113
AGIOS	144
ALIÉNÉ	102
APPARENCE (mandat apparent)	166 & s.
ASSURANCE CRÉDIT	196
AVAL EN PENSION	Voir escompte en pension
AVAL GÉNÉRAL PAR ACTE SÉPARÉ	196
AVAL DU TIRÉ PAR L'ESCOMPTEUR	218
AVANCE SUR REMISE D'EFFETS A L'ENCAISSEMENT	75 & s.
AVIS DE SORT	77

B

BANQUIER (nécessité d'un...)	105
BÉNÉFICIAIRE (absence du nom du bénéficiaire sur la lettre de change)	176
BILLETS A ORDRE (escompte des...)	124
BONS DE CAISSE (escompte des...)	114
BONS DU TRÉSOR (escompte des...)	114
BONNE FIN	Voir V ^o clause, garantie
BONNE FOI	
Effets de complaisance	
Inopposabilité des exceptions	257 & s.
Titre perdu ou volé	138 & s.

C

CAPACITÉ	
Du banquier	105 & s.
Du remettant	95 & s.
CAUTIONNEMENT (escompte des effets de...) ...	48, 120 & s., 263
CESSION DE CRÉANCE	48 (voir achat)
CHÈQUE	
Escompte des chèques	111
Distinction de l'escompte et de la remise à l'encaissement	78
Exercice de la garantie de la bonne fin	297
Prescription, déchéance du recours cambiaire	297 & s.
CLAUSE	
Contrepassation (en matière de...)	386, 337, 338, 407
Documents contre acceptation	422
Documents contre paiement	425
Sans frais	272, 393
Sans garantie	216
Sauf encaissement, ou sauf bonne fin ..	66 & s., 283, 320, 416
Valeur à l'échéance	77
Valeur en compte	77
COMMISSION	164, 355
COMPENSATION	
Compte courant	349
Du produit de l'escompte avec une dette antérieure	181
COMPLAISANCE	Voir effets de complaisance
COMPTE COURANT	
Clôture du compte courant	348, 393
Différé du compte	79
Disponible du compte	79
Effets du compte courant :	
— Novatoire	364, 379, 380, 388
— Généralités du compte	180 & s., 353 & s., 396, 401, 403
— Indivisibilité	373
Propriété des effets remis en compte ..	162
Réescompte	433, 434
CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DU CONTRAT D'ESCOMPTE	71 & s.
CONDITION RÉSOLUTOIRE	67, 309, 318, 324, 337, 403
CONFIANCE	
Son rôle dans le crédit d'escompte	186 & s.
— Dans le compte courant	380
— Dans l'escompte	64 & s.
CONNAISSANCE	112
	Voir traite documentaire
CONSENTEMENT	
Analyse du consentement	73 & s.
Echange des consentements	154 & s.
Vices du consentement	106 & s.
(Voir capacité)	
CONTREPASSATION : Définition	311, 326
Conditions de la contrepassation	327 & s., 396, 400, 403
— Caractère facultatif	352 & s., 396, 401, 403
— Clôture du compte courant	348 & s.
— Effets non échus	336, 404

— Date	331 & s.
à l'échéance du titre	332 & s.
avant l'échéance du titre	335 & s.
— Montant	339
acompte	342 & s.
frais	340
Effets de la contrepassation :	
— Entre parties	395 & s., 397 & s., 402 & s., 404 & s.
— A l'égard des tiers	376
— Cumul des sommes perçues des co-obligés et du remettant	369 & s., 391 & s.
— Sort des effets	359, 361 & s., 390, 397, 402, 404
— Réescompte	433, 434
Nature juridique	313
Recours cambiaire	327 & s.
Recours fondamental	395 & s.
Résiliation du contrat d'escompte	400
Résolution du contrat d'escompte	403
COUPONS D'INTÉRÊT (escompte des...)	114
CRÉANCE	
Escompte des...	116
Inopposabilité des exceptions	269
CRÉDIT D'ESCOMPTÉ	183 & s.
Durée	186 & s.
Obligation du banquier	185, 198
Nature juridique	184
CRÉDIT D'ESCOMPTÉ FOURNISSEUR	212

D

DATION « PRO SOLVENDO »	41 & s.
DÉLAI DE PAIEMENT	333
DÉLÉGATION	39, 232, 269
DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION D'ESCOMPTÉ :	
Date	236 & s.
En dehors du cadre du compte courant	236
Dans le cadre du compte courant	Voir contrepassation
Réescompte	429 & s.
DOCUMENTS	Voir traite documentaire
DOL	108, 207 & s., 214, 220
DONNEUR D'ORDRE	164

E

ECHÉANCE (nécessité d'une échéance déter- minée)	111
EFFETS DE COMMERCE :	
De cautionnement	
— Escompte des...	48, 120 & s., 263
— Crédit d'escompte	198
De chaîne	
De complaisance	
— Définition	128
— Bonne foi de l'escompteur	134
— Mauvaise foi	130
recours cambiaire	131
action à répétition	131
— Responsabilité du banquier	131, 132, 135, 136.

ENCAISSEMENT (remise à l'...)	75 & s.
ENDOSSEMENT	
Absence d'endossement	170 & s., 256
Assimilation de l'escompte à un endos- sement	20 & s.
Forme translatrice	17, 24, 30, 76
Obligation du remettant	170, 174
ENRICHISSEMENT INJUSTE	132, 299
ERREUR	107
	Voir escompte fournisseur
ESCOMPTE	
Définition	70
Nature juridique	17 & s.
ESCOMPTE EN COMPTE	145
ESCOMPTE A FORFAIT	64, 108, 214 & s., 276
ESCOMPTE FOURNISSEUR	204 & s.
Erreur, ignorance de la loi	207
Recours cambiaire	210
Recours de droit commun	210
ESCOMPTE EN PENSION	85 & s.
ESCOMPTE AU TIRÉ	120 & s., 270
EXCEPTIONS	Voir inopposabilité des...

F

FACTURES (escompte des...)	116
FAIBLE D'ESPRIT	102
FAILLI (capacité)	103
FAILLITE DU REMETTANT	247, 348
FAILLITE DU TIRÉ	245
FAILLITE DU TIREUR	245
FAUTE	
Du banquier escompteur	136 & s., 138 & s., 266
FEMME MARIÉE	104
FICHE D'ESCOMPTE	182
FORFAIT	Voir escompte à forfait
FORMATION DE CONTRAT D'ESCOMPTE	152 & s.
Crédit d'escompte	197 & s., 312
Echange des consentements	154, 158
Mandat	163

G

GAGE	30, 385, 406
GARANTIE EN PROPRIÉTÉ	34
GARANTIE DU PAIEMENT DU TITRE	
Garantie cambiaire	270 & s.
Garantie de la bonne fin	66 & s., 278 & s.
Garantie de l'existence des droits attri- bues au titre	302
GARANTIE DU CRÉDIT D'ESCOMPTE	196

I

IGNORANCE DE LA LOI	Voir escompte fournisseur
INEXÉCUTION DU CONTRAT D'ESCOMPTE	308 & s.

INOPPOSABILITÉ DES EXCEPTIONS	254 & s.
Bonne foi	257
Exception inopposable	255
Forfait d'escompte	276
Porteur légitime	256
INSCRIPTION EN COMPTE COURANT	Voir compte courant

L

LETTRE DE CHANGE	
A vue (escompte des...)	111
Absence de mention essentielle	176

M

MANDAT	75 & s., 163, 384
Mandat apparent	165
Traite documentaire	420 & s.
MAUVAISE FOI	Voir bonne foi
MINEUR	96 & s.
MISE EN PENSION	
Aval en pension	81 & s.
Escompte en pension	85 & s.
MOBILISATION	124
Mobilisation des crédits bancaires	7

N

NULLITÉ	95
Du contrat d'escompte	130 & s.
Du titre escompté	128 & s.

O

OBLIGATIONS (escompte des...)	114
OBLIGATIONS DU BANQUIER	
Vis-à-vis du remettant	179, 248, 277, 420
Vis-à-vis des tiers	253
OFFRE	156 & s., 202, 213
OPÉRATION DE CRÉDIT	2, 51, 62 & s.
OUVERTURE DES CRÉDITS	184 & s.
OBLIGATION DU REMETTANT	
De garantie	66 & s., 279 & s.
D'endosser	170

P

PAIEMENT	248 & s.
Par intervention	56
Partiel	427
Présentation au paiement	273
PARTS D'INTÉRÊT (escompte des...)	113
PÉRIODE SUSPECTE	
Remise à l'escompte	92
Constitution de gage	note 2, p. 348.
POUVOIR	
Absence de...	168
Abus, dépassement de...	168
Perte ou vol	137 & s.

PLAFOND D'ENCOURS	183, 193, 195
PRÊT	27 & s., 45, 53, 336
PRISE EN VUE DE L'ESCOMPTE	155 & s.
PRODIGUE	102
PRODUIT DE L'ESCOMPTE	143 & s.
Montant	61, 64
Obligation du banquier	179
PROPRIÉTÉ (transfert de...)	31 & s., 60, 74 & s. Voir contrepassation, sort des effets
PROROGATION D'ÉCHÉANCE	237 & s., 289
PROTÊT	
Clause de dispense de protêt	272, 415
Protêt tardif :	
— Clause d'irresponsabilité	273
— Réescompte	435
PROVISION	261 & s.

R

RÉESCOMPTE	233 & s., 429 & s.
RÉCÉPISSÉS DE CHEMIN DE FER (escompte des...)	112
RÉCÉPISSÉS DES MAGASINS GÉNÉRAUX	112
RECOURS CAMBIAIRE	
Contre le remettant	270 & s.
Contre les tiers	251 & s.
Contrepassation	327 & s.
Escompte fournisseur	206
Perte des recours cambiaux :	
— Déchéance	294 & s.
— Prescription	296 & s.
RECOURS DE DROIT COMMUN EN PAIEMENT DU	
TITRE	66 & s., 280 & s.
Contrepassation	395 & s.
Date	246 & s.
Effets	292
Escompte fournisseur	210
Existence	66 & s., 280 & s.
Montant	285
Réescompte	435 & s.
Régime juridique	285
RÉGULARISATION DE LETTRE DE CHANGE	176 & s.
REMISE DU TITRE	
A l'encaissement	75 & s., 384
En gage	30 & s., voir gage
En propriété	169 & s., voir garantie en propriété
En remboursement	38 & s.
RÉMUNÉRATION DU BANQUIER	143 & s.
RENOUVELLEMENT	242
RÉSILIATION DU CONTRAT D'ESCOMPTE	305 & s., 400 & s.
RÉSOLUTION	308 & s., 403 & s.
RESPONSABILITÉ DU BANQUIER ESCOMPTEUR	132, 136
RETENUE SUR BORDEREAU	196
RÉTENTION (droit de...)	309, 382, 405
RETRAIT	305, 400
REVENDECTION DU PORTEUR DÉPOSSÉDÉ	167 & s.

S

SAISIE-ARRÊT	133, 139, 308
SOMME ESCOMPTÉE	61, 64, 143 & s., 178 & s.
SUBROGATION	56

T

TAUX D'ESCOMPTE	144
TIRAGE POUR COMPTE	164
TITRE AU PORTEUR	268
TITRE LIBELLÉ OU PAYABLE EN MONNAIE ÉTRANGÈRE	75, 409 & s.
TITRE NÉGOCIABLE	116
TUTEUR	98 & 101
TRAITE DOCUMENTAIRE	417 & s.

U

USURE	147
-------------	-----

V

VENTE A RÉMÉRÉ	34
VOL, DÉPOSSESSION	137 & s.

W

WARRANT	392 & s.
---------------	----------

BON POUR LA SOUTENANCE

Montpellier, le 24 mai 1961

Le Président : J. BECQUÉ

VU

Montpellier, le 24 mai 1961

Le Doyen : A. LÉGAL

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Montpellier, le 24 mai 1961

Le Recteur : RICHARD

IMPRIMERIE DU LANGUEDOC
ANDUZE (Gard)

Numéro d'Editeur : 625
Dépôt légal : 2^e trimestre 1962

